

Die

Binding'sche Schuldlehre.

Abhandlungen des kriminalistischen Seminars zu Marburg.

Herausgegeben von Dr. **Franz von Liszt.**

Erster Band, 4. Heft.

Die
Binding'sche Schuldlehre.

Ein Beitrag zu ihrer Widerlegung.

Von

Dr. Hugo Heinemann.



Freiburg i. B. 1889.

Akademische Verlagsbuchhandlung von J. C. B. Mohr
(Paul Siebeck).

Inhalt.

	Seite
Einleitung	1
§ 1. Der Wille: Ein bewusst psychischer Akt	8
§ 2. Das Verbrechen: Der nur durch Strafe vom Staat ab- zuwehrende Angriff auf die wichtigsten Lebensinteressen der Gesellschaft	15
§ 3. Der rechtswidrige Wille: Ausschliesslich zu beziehen auf die durch das Strafgesetz verbotene Wirkung des Thuns	20
§ 4. Das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit kein Begriffs- merkmal des rechtswidrigen Willens	24
§ 5. Die Nichtberücksichtigung des Rechtsirrtums, ein dringen- des Erfordernis der Rechtssicherheit	52
§ 6. Die Behandlung des Rechtsirrtums im römischen Recht	73
§ 7. Kurze Uebersicht über die Dogmengeschichte	91
§ 8. Kritische Darstellung des geltenden Rechts	108

Index

1. The first part of the book is devoted to a general survey of the subject. It discusses the importance of the subject and the scope of the work. It also mentions the sources of the material and the method of the investigation.
2. The second part of the book is devoted to a detailed study of the subject. It discusses the various aspects of the subject and the results of the investigation. It also mentions the sources of the material and the method of the investigation.
3. The third part of the book is devoted to a summary of the results of the investigation. It discusses the main findings of the study and the conclusions drawn from them. It also mentions the sources of the material and the method of the investigation.
4. The fourth part of the book is devoted to a list of references. It mentions the sources of the material and the method of the investigation.
5. The fifth part of the book is devoted to a list of names. It mentions the sources of the material and the method of the investigation.
6. The sixth part of the book is devoted to a list of subjects. It mentions the sources of the material and the method of the investigation.
7. The seventh part of the book is devoted to a list of topics. It mentions the sources of the material and the method of the investigation.
8. The eighth part of the book is devoted to a list of terms. It mentions the sources of the material and the method of the investigation.
9. The ninth part of the book is devoted to a list of symbols. It mentions the sources of the material and the method of the investigation.
10. The tenth part of the book is devoted to a list of abbreviations. It mentions the sources of the material and the method of the investigation.

Einleitung.

Das strafrechtliche System BINDING's ist in jüngster Zeit zum Gegenstande wiederholter Erörterungen gemacht worden, insbesondere hat VON LISZT dasselbe bei verschiedenen Gelegenheiten eingehend besprochen. Derselbe hat nicht nur auf eine ganze Reihe einzelner Irrtümer BINDING's hingewiesen, sondern auch gezeigt, wie es in erster Linie die falsche, rein formalistische Methode dieses Gelehrten ist, aus welcher mit Notwendigkeit alle weiteren Fehler hervorgehen. Auch die folgende Arbeit will einen Beitrag zu diesen Erörterungen liefern, und zwar wählt sie sich zu ihrem Gegenstande speziell die BINDING'sche Schuldlehre aus. Sie will nachweisen, dass dieselbe auf durchaus fehlerhaften Voraussetzungen beruht und darthun, wie diese Fehler ihren letzten Grund ebenfalls in der gekennzeichneten Methode BINDING's haben. Zugleich wird uns unsere Betrachtung den Beweis dafür liefern, dass die Rechtswissenschaft, sobald sie von selbstgeschaffenen Begriffen ausgeht, anstatt sich an die Gegenstände der Aussenwelt und die Bedürfnisse des praktischen Lebens zu halten, jeden festen Boden unter den Füßen verlieren und einem unfruchtbaren Formalismus verfallen muss. In diesem Nachweis besteht der eigentliche Zweck der folgenden Abhandlung. Sie begegnet sich darin ganz mit

den Arbeiten von IHERING's, welcher wiederholt und zuletzt in seinem „Besitzwillen“ gegen die herrschende juristische Methode den Vorwurf erhebt, das praktisch Notthuende im Interesse einer vermeintlichen begrifflichen Korrektheit völlig preisgegeben zu haben.

Wir wollen nun zunächst die verschiedenen über die Schuldlehre verbreiteten Ansichten kurz charakterisieren. In der Theorie stehen sich zwei Meinungen schroff gegenüber. Die eine hält Schuld für vorliegend und demnach die auf Verübung eines Verbrechens gesetzte Strafe für anwendbar, sobald der Thäter den gesetzlichen Thatbestand des betreffenden Delikts, d. h. den Inbegriff sämtlicher Merkmale desselben, mit Wissen und Wollen verwirklichte, auch wenn er sich über die Rechtswidrigkeit seines Thuns im Unklaren befand.

Die andere dagegen verlangt, dass noch ein weiteres Moment hinzukomme, nämlich das Bewusstsein des Thäters, mit seiner Handlung ein bestimmtes Strafverbot zu verletzen. Ohne ein solches Bewusstsein kann nach dieser Theorie von Schuld keine Rede sein. Letztere wird mithin durch Unkenntnis oder Irrtum des Thäters bezüglich des von ihm verletzten Strafgesetzes unbedingt ausgeschlossen.

Zwischen diesen beiden Extremen steht eine Reihe vermittelnder Ansichten. Die Vertreter derselben halten es nicht für nötig, dass der Thäter gerade das Strafgesetz, gegen welches er handelte, gekannt habe, sondern es soll zur Annahme der Schuld schon genügen, wenn ihm überhaupt nur klar war, dass er etwas rechtlich Verbotenes thue. Zu den Vertheidigern dieser Ansicht gehört in erster Linie BINDING. Andere gehen noch weiter und begnügen sich mit dem bei dem Thäter zur

Zeit der That vorhanden gewesenem Bewusstsein der Pflichtwidrigkeit, der Unsittlichkeit, der Strafwürdigkeit oder ähnlicher über das Recht hinausgehender, der Moral angehöriger Begriffe.

Man sieht also, dass in der Theorie eine Einigung bezüglich unserer Lehre durchaus noch nicht erzielt ist.

Anders dagegen ist der Stand derselben in der Praxis. Hier kann man sie infolge der bestimmten und ganz konsequenten Praxis des Reichsgerichts als entschieden ansehen. Das Reichsgericht hat sich von Anfang an auf den erst erwähnten Standpunkt gestellt. Es nimmt an, dass eine gewollte und objektiv die Merkmale eines Deliktes erfüllende Handlung zur Strafbarkeit genüge und dass daneben auf das Bewusstsein des Thäters gar nichts ankomme.

Bevor wir nun an die Erörterung der kurz skizzierten Streitfrage herantreten, ist es nötig, den Gegenstand unserer Untersuchung genau abzugrenzen. Wenn jemand eine objektiv strafbare Handlung vollführt, die er irrtümlicherweise für rechtlich erlaubt hält, so kann dieser Irrtum in einem doppelten Umstand seinen Grund haben, nämlich entweder darin, dass dem Thäter das betreffende Strafgesetz überhaupt nicht bekannt war oder aber darin, dass er sich über den Inhalt des ihm bekannten täuschte. Rein logisch betrachtet sind beide Fälle wesentlich verschieden. Im ersten Fall hat der Handelnde von der Existenz des Gesetzes überhaupt keine Vorstellung, dasselbe kann mithin als ein seinen Willen beeinflussendes Motiv gar nicht in Betracht kommen, im zweiten hat er von dem Gesetze zwar eine Vorstellung, jedoch ist diese eine unrichtige. Da nun aber das Vorhandensein einer unrichtigen Vorstellung bezüglich irgend einer Thatsache

stets die notwendige Folge mit sich bringt, dass die richtige Vorstellung von derselben fehlt, so kommen die beiden hier in Rede stehenden Fälle in dem für uns entscheidenden Punkt auf dasselbe hinaus: dem Thäter mangelt beidemale in gleicher Weise die Kenntniss des richtigen, auf seine That anwendbaren Gesetzes. Im praktischen Ergebnis besteht also zwischen dem Irrtum und der Unwissenheit des Rechts keine Verschiedenheit. Für beide Fälle müssen demgemäss auch rechtlich dieselben Grundsätze gelten, so dass es überflüssig und verkehrt wäre, sie im folgenden getrennt zu behandeln. Vielmehr werden beide Ausdrücke ganz synonym gebraucht werden, und wo der eine angewendet wird, ist der andere zugleich stillschweigend mitgemeint.

Unsere Untersuchung beschäftigt sich aber nicht mit dem Irrtum überhaupt, sondern nur mit einer Art desselben, dem Rechtsirrtum, und zwar speziell nur mit dem Rechtsirrtum im Strafrecht. Daher muss vor allem dieser Begriff festgestellt werden. Rechtsirrtum schlechthin nennt man einen Irrtum, dessen Objekt ein Rechtssatz ist. Er bildet den Gegensatz zum Thatirrtum, dessen Objekt eine Thatsache ist. Der Rechtsirrtum kann sich nun beziehen auf Rechtssätze, welche entweder dem Strafrecht, oder auf solche, welche dem Civilrecht, oder endlich auf solche, welche den übrigen Rechtsgebieten angehören. Nur mit dem ersten Fall haben wir es hier zu thun. Die folgende Untersuchung hat sich demnach lediglich darauf zu richten, ob der Irrtum über die Existenz oder über die Beschaffenheit des Strafgesetzes geeignet ist, die Strafe auszuschliessen oder nicht. Für die Entwicklung unserer Lehre ist es überaus verhängnisvoll gewesen, dass man sich vielfach nicht auf diese

Frage beschränkt, sondern sie mit der nach dem Irrtum über „nicht dem Strafrecht angehörige Rechtssätze“ zusammengeworfen hat. Diesen Fehler begehen aber alle diejenigen, welche vom Fehlen der Schuld beim mangelnden Bewusstsein der Rechtswidrigkeit sprechen, sobald sie darunter etwas anderes als das der Strafgesetzwidrigkeit verstehen.

Ganz auszuschneiden von unserer Betrachtung ist zunächst der Fall, wenn die Unbekanntschaft mit einer nicht dem Gebiete des Strafrechts angehörigen Rechtsvorschrift zur Unkenntnis eines Thatbestandsmerkmals geführt hat. Hier liegt lediglich ein faktischer und kein Rechtsirrtum vor. Diesen Fall aber haben auch diejenigen, welche das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit als Voraussetzung der Schuld betrachten, gar nicht im Auge. Sie wollen damit vielmehr nur andeuten, dass die Kenntnis des verletzten Strafgesetzes selbst nicht zu erfordern sei, sondern dass es schon ausreiche, wenn sich der Thäter überhaupt nur bewusst gewesen sei, etwas rechtlich Unstatthafes zu thun. Habe er sich jedoch auch hierüber im Irrtum befunden, dann könne allerdings von Schuld und demgemäss auch von Strafe keine Rede sein. Nun giebt es aber eine ganze Anzahl strafbarer Handlungen, welche durch keine andere Rechtsquelle, als allein durch das Strafgesetz verboten sind. Würde dieses nicht existieren, so wären sie rechtlich vollkommen erlaubt, da es eben ein voraufgegangenes civilrechtliches oder sonstiges Verbot nicht giebt. Diese Handlungen sind also einzig und allein dadurch rechtswidrig, dass sie zugleich strafgesetzwidrig sind, und das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit fällt hier ganz mit dem der Strafgesetzwidrigkeit zusammen.

Wir kommen auf diesen Punkt später bei Besprechung der sogenannten Normentheorie BINDING's noch ausführlich zurück. Hier kam es nur darauf an, hervorzuheben, dass die u. a. auch von BINDING vertretene Ansicht, welche zwischen der Strafgesetzwidrigkeit und der sonstigen Rechtswidrigkeit einer Handlung unterscheiden und auf diese Unterscheidung die Lehre vom Rechtsirrtum gründen will, ohne Inkonsequenzen nicht durchgeführt werden kann. Ueberall also, wo im folgenden vom Bewusstsein der Rechtswidrigkeit ohne weiteren Zusatz gesprochen wird, ist damit nur das Bewusstsein der Strafgesetzwidrigkeit der betreffenden Handlung, d. h. die Kenntnis des verletzten Strafgesetzes, gemeint.

Endlich bleibt nur noch übrig, den Gang der folgenden Untersuchung in Kürze darzulegen.

Wie bereits hervorgehoben, versteht BINDING unter Schuld das Wollen einer Handlung trotz ihres vorgestellten Widerspruchs zu dem Gesetze oder — in BINDING'scher Terminologie — zu der Norm, unter welche sie fällt. In konsequenter Verfolgung dieser Definition kommt er zu dem Resultat, dass bei mangelnder Kenntnis des Thäters von dem ihn verpflichtenden Gesetze jede Schuld unbedingt ausgeschlossen sein muss.

Wir werden nun im folgenden versuchen, diese Auffassung als unhaltbar nachzuweisen und zu zeigen, dass die Schuldlehre mit der Frage nach dem Bewusstsein des Thäters von der rechtlichen Bedeutung seiner Handlung gar nichts zu thun hat, da richtiger Ansicht nach der rechtswidrige Wille nicht auf das Strafgesetz, sondern auf den verbotenen Erfolg der Handlung zu beziehen ist. Der Irrtum BINDING's beruht seinem letzten Grunde nach auf der bei ihm immer wiederkehrenden,

bereits von v. LISZT scharf gerügten Verwechslung von Begriff und Gegenstand, Abstraktion und Wirklichkeit.

Diese Ausführungen bilden den § 4 der Arbeit. Derselbe ergiebt mithin lediglich ein negatives Resultat, er zeigt, dass eine Antwort auf die Frage, ob dem fehlenden Bewusstsein der Rechtswidrigkeit im Strafrecht Beachtung zu schenken sei oder nicht, aus dem Begriff des schuldhaften Willens nicht zu entnehmen ist.

Im § 5 wird sodann versucht werden, eine positive Antwort auf diese Frage zu geben. Dieselbe kann allein aus den Bedürfnissen der Rechtspflege und den Interessen der öffentlichen Ordnung hergeleitet werden. Diese aber verlangen unbedingt, dass auf den Irrtum des Thäters bezüglich der juristischen Bedeutung seiner Handlung keine Rücksicht genommen werde.

Diese Erörterungen setzen jedoch voraus, dass zunächst diejenigen Begriffe, mit welchen wir in den bezeichneten beiden Paragraphen zu operieren haben, festgestellt sind. Aus diesem Grunde sollen in den drei ersten Paragraphen die Begriffe: Wille, Verbrechen und rechtswidriger Wille einer kurzen, nur das Wesentliche hervorhebenden Besprechung unterzogen werden.

Allein damit ist unsere Aufgabe nur zur Hälfte gelöst. Denn BINDING irrt nicht nur in der begrifflichen Feststellung des Wesens der Schuld, sondern auch die positiven Gesetze werden vielfach von ihm unrichtig ausgelegt. Er erörtert eingehend nur das römische Recht und das geltende Reichsstrafrecht. Unserem Thema entsprechend werden wir ihm auch nur auf diese beiden Gebiete folgen und demgemäss das auswärtige und partikulardeutsche Recht gänzlich ausser Acht lassen. Dagegen war es nicht zu umgehen, der Betrachtung unseres

heutigen Rechts eine kurze Besprechung der Dogmengeschichte voranzuschicken. Denn wenn auch BINDING als der konsequenteste Vertreter der kurz charakterisierten Schuldtheorie zu bezeichnen ist, so findet er, wie wir sehen werden, darin eine ganze Anzahl Vorgänger.

§ 1.

Der Wille: Ein bewusst psychischer Akt.

Es kann nicht die Aufgabe dieser Arbeit sein, eine eingehende psychologische Betrachtung über das Wesen des Willens anzustellen. Wir wollen uns vielmehr streng darauf beschränken, nur diejenigen Punkte hervorzuheben, deren Klarlegung zum Verständnis des Folgenden unumgänglich notwendig ist; insbesondere kann die Lehre von der Freiheit oder Unfreiheit des Willens hier ganz ausser Acht gelassen werden.

Psychologisch reden wir von einem Wollen überall da, wo wir uns einer Selbstthätigkeit bewusst werden.

Das charakteristische Merkmal des Willens liegt also darin, dass er ein bewusster psychischer Akt ist, dass er stets verbunden mit der Vorstellung seines Inhalts auftritt. Dieser Punkt ist in der neueren Psychologie im wesentlichen ausser Streit ¹⁾.

Abweichender Ansicht sind hier nur einige wenige unter den modernen Philosophen, so insbesondere HARTMANN in seiner „Philosophie des Unbewussten“ ²⁾. Unter den Juristen hat sich HARTMANN's Meinung BINDING an-

¹⁾ Vgl. z. B. WUNDT, Essays S. 294; HÖFFDING, Psychologie, übersetzt von BENDIXEN S. 408 ff.; SIGWART, Kleine Schriften 2. Reihe, „Der Begriff des Wollens und sein Verhältniss zum Begriff der Ursache“, S. 118.

²⁾ HARTMANN, a. a. O., 6. Aufl., S. 52 ff., 405 ff.

geschlossen, dessen Ausführungen wir hier in Kürze wiedergeben wollen.

BINDING³⁾ sagt: „Der Wille ist durchaus nicht lediglich die Anwendung der Fähigkeit des Menschen kausal zu werden in Verwirklichung einer bestimmten Vorstellung, sondern die Ausübung der Fähigkeit, überhaupt kausal zu werden. Sobald aber der Wille nichts anderes ist, als das, was den Menschen zum Ursacher oder Urheber macht, so versteht sich ganz von selbst, dass der Wille von der Vorstellung des Wollenden unabhängig stehen muss. Eine Ursache wirkt nur auf die Welt, wie sie ist, nicht wie sie sich im Kopfe des denkenden Erzeugers der Ursache darstellt, und sie wirkt nur nach Maassgabe des Kausalitätsgesetzes, nicht nach Maassgabe der Wünsche ihres Urhebers. Zwischen Wunsch und Wille besteht eben der tiefgreifende Unterschied, dass der Wunsch dem Gebiete der Einbildung, der Wille dem Gebiete der Wirklichkeit angehört, und dass im Bereiche der Phantasie die Vorstellung des Wünschenden herrscht, während die realen Dinge, zu denen auch der Wille gehört, sich nicht ändern durch den Irrtum der Menschen, ihnen gegenüber also die Vorstellung machtlos ist . . . Wer ein brennendes Zündholz wegwirft, damit es unschädlich verlösche, es aber in ein Gefäss mit Spiritus wirft, den er für Wasser hielt, hat keine Vorstellung von der Grösse und Furchtbarkeit des Erfolges gehabt, ja sie vielleicht nicht haben können, und doch ist der Erfolg nichts anderes, als realisierter Wille.“

Es mag hier zunächst hervorgehoben werden, dass es missverständlich ist, wenn BINDING als einen Vertreter seiner Theorie wiederholt SCHOPENHAUER anführt. Die-

³⁾ BINDING, Die Normen, Bd. II, S. 110 ff.

ser Philosoph gebraucht den Ausdruck „Willen“ in einem ganz anderen Sinne, als ihn sonst die Psychologie verwendet. Es geht dies z. B. schon daraus hervor, dass er dem fallenden Stein einen Willen zuschreibt. Mit einem solchen Willensbegriff kann keine praktische Wissenschaft operieren, er gehört ganz und gar der Metaphysik an.

Wenn wir nun die Ausführungen BINDING's im einzelnen durchgehen, so werden wir zunächst auf die Frage geführt, ob der Unterschied zwischen Wunsch und Willen von ihm richtig angegeben sei. Hierauf ist zu antworten, dass es kaum möglich sein wird, zwischen diesen beiden psychischen Akten eine so scharfe Grenze zu ziehen, wie BINDING dies versucht. Wir verstehen unter Wunsch das innere Hinstreben nach einem künftigen lusterregenden Zustand, ohne dass jedoch das Begehren hinzutreten braucht, denselben zu verwirklichen. Ich kann wünschen, was ich niemals wollen kann, weil mir die Macht dazu fehlt, das Vorgestellte zu realisieren. Beispielsweise kann ich sagen: Ich wünsche nach dem Monde zu reisen, niemals aber bin ich als ein verständiger Mensch in der Lage, nach dem Monde reisen zu wollen.

Ich kann aber auch dasjenige wünschen, was ich zwar zu wollen vermag, aber aus irgend welchem Grunde dennoch nicht will, obwohl mir an dem Eintritt des betreffenden Ereignisses sehr viel gelegen wäre. Ein solcher Fall liegt z. B. vor, wenn ich den Tod einer Person herbeiwünsche, ihn aber durch eigene Thätigkeit nicht herbeiführen möchte, weil ich die Folgen meiner That, etwa den Eintritt der Strafe, fürchte.

Auch hier geht also mein Wünschen über das ernst-

hafte reale Wollen hinaus, es gehört nicht der wirklichen Welt, sondern dem Gebiete der Einbildung, der Welt der Phantasie an.

Insoweit BINDING nur dies behauptet, ist ihm beizustimmen, fehlerhaft aber ist es, wenn er aus dieser Tatsache eine durchgreifende Verschiedenheit zwischen Wunsch und Willen herleiten will. Wie WUNDT⁴⁾ mit Recht hervorhebt, ist „die Grenze zwischen ihnen nur eine begriffliche, um die sich der lebendige Fluss des Geschehens nicht kümmert. Was in einem Moment ein Begehren war, kann im nächsten zum Wollen werden und umgekehrt, ohne dass wir in jedem Augenblick sicher zwischen beiden zu unterscheiden vermöchten“. — Es kommt aber noch ein weiteres Moment hinzu. Wie bereits hervorgehoben, ist dem Wunsche wesentlich: die Vorstellung eines künftigen, lusterregenden Zustandes. Dies ist nun genau in derselben Weise auch bei dem Willen der Fall. Denn damit ein solcher zustande kommen kann, muss in dem Bewusstsein des Menschen ebenfalls eine Vorstellung von einem künftigen Zustand auftreten, welcher ihm eine grössere Befriedigung verspricht, als der bis dahin vorhandene. Also auch hierin stimmen Wunsch und Wille vollständig überein, sie unterscheiden sich nur dadurch, dass bei diesem noch die weitere Vorstellung von dem unbedingt Erreichbaren des Begehrens hinzukommt.

Die Herbeiführung des uns Befriedigung versprechenden Zustandes selbst nennt man den **Zweck**, die Vorstellung dieses Zwecks das nächste Motiv des Wollens.

Hier an dieser Stelle ist nun die Kontroverse über die Freiheit und Unfreiheit des Willens zu erwähnen;

⁴⁾ WUNDT, Ethik S. 375.

sie knüpft an die Lehre vom Motiv an und beruht auf folgendem Unterschied:

Während der Determinismus das Kausalgesetz auch auf das Gebiet des Willens übertragen will und demgemäss die Behauptung aufstellt, dass unser Wollen unter einmal gegebenen Umständen mit absoluter Notwendigkeit so erfolgen musste, wie es thatsächlich erfolgt ist, nimmt der Indeterminismus an, dass das wollende Subjekt sich unter den in seinem Innern widerstreitenden Vorstellungen frei für eine derselben entscheiden könne.

Es ist schon oben bemerkt worden, dass für uns kein Anlass vorliegt, auf diese Streitfrage hier näher einzugehen. Denn in dem für uns entscheidenden Punkt, dass es kein Wollen ohne Motive geben könne, stimmt auch der Indeterminismus, sofern er überhaupt wissenschaftlich begründet wird, überein. Auf welchen Standpunkt also man sich auch stellen möge, immer nur nennt man das durch bestimmte Vorstellungen unseres Bewusstseins hervorgerufene, sich auf einen bewussten Zweck richtende Begehren: ein Wollen.

Nun ist es allerdings möglich, dass der Wollende seinen Zweck nicht erreicht, dass der von ihm vorgestellte Erfolg sich nicht verwirklicht, sondern dass an dessen Stelle ein anderer nicht erwarteter eintritt. Denn sobald der Wille das Reich der Aussenwelt beschreitet, finden deren Gesetze auch auf die menschliche Handlung volle Anwendung. Der Erfolg derselben kann, da der Mensch niemals von vornherein alle Möglichkeiten, welche sein Thun haben kann, zu übersehen in der Lage ist, weit über das, was er beabsichtigt hatte oder auch nur voraussehen konnte, hinausreichen. Diese nicht vorhersehbaren Folgen aber können seinem Willen nimmer-

mehr zugerechnet werden, sie sind dem Zufall gleich zu achten.

Wenn BINDING demgegenüber die Behauptung aufstellt, dass das vom Menschen Verursachte stets gewollt sei, mag er es sich vorher vorgestellt haben oder nicht, so ist darauf zu erwidern, dass BINDING hier dem Begriff „Willen“ ganz unzulässiger Weise eine Ausdehnung giebt, die ihn für jede praktische Wissenschaft unbrauchbar macht. Der Trugschluss in den BINDING'schen Ausführungen beruht seinem letzten Grunde nach auf einer Verwechselung zwischen den beiden Begriffen: „Kausalität“ und „Willen“. BINDING übersieht, dass der Wille nur ein Glied in der Kette der Kausalität, aber bei weitem nicht das einzige ist. Daraus, dass mein Thun eine bestimmte Wirkung verursacht, folgt durchaus noch nicht, dass ich diese gewollt habe, sondern nur, dass sie durch mich geschehen ist. Gewollt ist das von mir Verursachte nur dann, wenn es mit meiner Vorstellung übereinstimmt. In dem von BINDING gewählten, oben angeführten Beispiel stellte sich der Handelnde als den Erfolg seines Thuns vor, dass das Zündholz unschädlich verlösche. Dieser Erfolg trat jedoch nicht ein, da das Gefäss nicht mit Wasser, sondern mit Spiritus angefüllt war. Entstand nun infolge dieses Geschehens ein Brand, so war dieser zwar zweifellos durch den Thäter verursacht, in keinem Falle aber von ihm gewollt. Sehr gut ist das Beispiel gewählt, mit welchem SIGWART⁵⁾ hier BINDING ad absurdum führt. Er sagt: „Dürfte dieser Brand als realisierter Wille bezeichnet werden, so wäre die Explosion im Bremerhaven von den Packknechten gewollt gewesen, die das Fass aus dem Magazin schafften; denn ihr durch

⁵⁾ a. a. O. S. 185.

ihre Muskelkraft wirkender Wille hat das Fass in Bewegung gesetzt und die Explosion bewirkt, und Thomas wäre der unschuldigste Mann, denn er hatte sie nicht bewirkt, also auch nicht gewollt.“ — Aber noch aus einer andern Erwägung ergibt sich die Unhaltbarkeit der BINDING'schen Ansicht. Würde alles gewollt sein, was der menschliche Wille verursacht, so könnte es das, was der Sprachgebrauch mit einer „That wider Willen“ oder ähnlich bezeichnet, gar nicht geben. Jedenfalls also wird man BINDING gegenüber das Eine immer einwenden können, dass seine Definition vom Willen durchaus nicht mit dem Sprachgebrauch im Einklang steht. Damit aber ist ihre Unrichtigkeit schon ohne weiteres nachgewiesen. Denn wie SIGWART⁶⁾ treffend bemerkt, „muss jeder Versuch, auf dem Wege der Analyse des Beobachteten zu bestimmten psychologischen Begriffen zu gelangen, sich zunächst an die Sprache des gewöhnlichen Lebens wenden, da nur mit Hilfe dieser die Objekte, um die es sich handelt, überhaupt zur Vorstellung gebracht und zur Untersuchung gestellt werden können.“ Die Sprache trifft aber damit, dass sie das, was der Mensch verursacht, und das, was er gewollt hat, streng von einander unterscheidet, vollkommen das Richtige. Denn wenn der Wille von unserer Vorstellung unabhängig wäre, auf welche Weise sollte er überhaupt dann noch Gegenstand unserer inneren Erfahrung werden können? Dass ein Geschehen auf unseren Willen zurückzuführen ist, wissen wir selber doch nur dadurch, dass wir uns dabei als selbstthätig fühlen, dass der Zweck und der Inhalt des Wollens ein Element unseres Bewusstseins bildet⁷⁾.

⁶⁾ a. a. O. S. 117.

⁷⁾ Vgl. SIGWART, a. a. O. S. 176 und WUNDT, Essays S. 294 ff.

Wir können hiermit diese Betrachtung schliessen, indem wir im Gegensatz zu BINDING den Willen definieren:

Als das durch bestimmte Vorstellungen unseres Bewusstseins hervorgerufene Begehren, bestimmte Veränderungen in der uns umgebenden Aussenwelt zu bewirken, oder wie v. LISZT⁸⁾ kürzer sagt: „Wollen bedeutet das durch Vorstellungen hervorgerufene Begehren“, wobei allerdings zu bemerken ist, dass v. LISZT den Ausdruck: „Willen“ nur auf die Handlung, nicht auf den Erfolg bezieht. Wir werden jedoch in Uebereinstimmung mit dem Sprachgebrauch an der oben gegebenen Definition festhalten, zumal der ganze Unterschied nur ein terminologischer, kein sachlicher ist.

§ 2.

Das Verbrechen: Der nur durch Strafe vom Staat abzuwehrende Angriff auf die wichtigsten Lebensinteressen der Gesellschaft.

Man bestimmt das Verbrechen gewöhnlich als die vom Staat mit öffentlicher Strafe belegte rechtsverletzende Handlung.

Gegen die Richtigkeit dieser Definition ist nichts einzuwenden, sie giebt das äussere Merkmal, wodurch das Verbrechen charakterisiert wird, richtig an. Sie sagt uns aber nichts über das innere Wesen desselben.

Wenn wir dieses jetzt näher zu bestimmen versuchen, so tritt uns sofort ein Bedenken entgegen, nämlich die Frage: Ist eine in allen Fällen zutreffende Feststellung

⁸⁾ v. LISZT, Lehrbuch, 3. Aufl., S. 116. Richtig auch GAREIS, Encyklopädie S. 26 und 27.

des Wesens des Verbrechens überhaupt möglich, oder muss nicht vielmehr bei den Wandlungen, welche dieser Begriff im Laufe der Geschichte durchgemacht hat, auf eine philosophische Auffassung desselben verzichtet werden?

Allerdings giebt es nun wohl auf dem ganzen Gebiete des Rechts keinen Begriff, welcher solchen Schwankungen, wie dieser, ausgesetzt war.

Werfen wir nur einmal einen flüchtigen Blick auf die Geschichte ⁹⁾! Das Recht der Naturvölker wird ganz und gar von der Strafe durchzogen. Ein scharfer Unterschied zwischen Civil- und Kriminalunrecht ist auf dieser Stufe noch nicht bekannt, vielmehr sind auch die rein privatrechtlichen Verhältnisse mit einem Zusatz von Strafe vermischt.

Im Laufe der Geschichte sehen wir aber eine wesentliche Aenderung eintreten. Das Gebiet der Strafe wird mit dem Uebergang der Straffunktion von seiten des Verletzten auf das Gemeinwesen mehr und mehr eingengt, Civil- und Kriminalunrecht grenzen sich scharf von einander ab ¹⁰⁾. Diese Entwicklung kehrt bei allen Völkern wieder, das Ausdehnungsgebiet der Strafe bleibt jedoch auch auf dieser höheren Kulturstufe wandelbar. Was bei dem einen Volk kriminell geahndet wird, steht bei einem andern nur unter dem Schutze des Civilrechts oder geniesst vielleicht auch gar keinen Rechtsschutz und umgekehrt. Allein trotz dieser historischen Wandelbarkeit des Ausdehnungsgebiets des Verbrechens ist der Begriff desselben überall derselbe.

Die roheste Form der Strafe, die Rache, wurzelt in

⁹⁾ Vgl. darüber v. IHERING, Das Schuldmoment des römischen Privatrechts.

¹⁰⁾ So auch v. IHERING, a. a. O.

dem natürlichen, allen Geschöpfen angeborenen Triebe der Selbsterhaltung, sie ist ein Ausfluss des alle Verhältnisse in der Natur beherrschenden Kampfes ums Dasein ¹¹⁾).

Mit dem Uebergang der Strafthätigkeit auf den Staat wird an dieser ursprünglichen Bedeutung der Strafe nichts geändert, ja dieser ihr Charakter nunmehr erst richtig begriffen. Solange der Verletzte selbst oder seine Familie das strafende Organ bilden, ist die Strafe naturgemäss masslos und oft über das Ziel hinaus-schiessend. Erst wenn Partei und Richter nicht mehr dieselbe Person sind, kann das Wesen des Verbrechens einerseits und der Strafe andererseits objektiv und unbefangen gewürdigt werden. Diese Würdigung aber hat die Erkenntnis zur Folge, dass nicht eine jede das Recht verletzende Handlung die Lebensbedingungen der Gemeinschaft in einer solchen Weise gefährdet, um einen Schutz durch Strafe erforderlich zu machen. Der Staat, welcher sein Interesse zu erkennen beginnt, wird sich der Strafe nur im äussersten Notfall bedienen, nämlich nur dann, wenn er ohne dieselbe seine Aufgaben nicht zu erfüllen vermag. Denn die Strafe greift tief in das Volksleben ein, vernichtet Leben und Freiheit der Staatsangehörigen und legt damit ihre Arbeitskraft auch für den Staat lahm; sie ist, wie v. LISZT a. a. O. treffend sagt: „Rechtsgüter s c h u t z durch Rechtsgüter v e r - letzung“ ¹²⁾). Also auch auf dieser Stufe behält die

¹¹⁾ Vgl. v. LISZT, Der Zweckgedanke im Strafrecht in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. III, Nr. II und Post, Die Grundlagen des Rechts S. 11.

¹²⁾ Vgl. auch v. IHERING, „Zweck im Recht“ Bd. I, 2. Aufl., S. 375 und 376.

Strafe ihre Bedeutung als Schutzmittel gegen Störungen der Lebensbedingungen der Gesellschaft, nur die Ansicht darüber, welches diese Lebensbedingungen sind, wechselt und muss wechseln, da die Interessen der Gesellschaft bei den verschiedenen Völkern und zu den verschiedenen Zeiten verschiedene sind.

Seinem Inhalte nach werden wir demgemäss das Verbrechen nunmehr bestimmen können: als den nur durch Strafe vom Staat abzuwehrenden Angriff auf die wichtigsten Lebensinteressen der Gesellschaft¹³⁾.

Steht nun, so fragen wir endlich, mit dieser Definition, welche das Verbrechen lediglich vom Standpunkt der Gesellschaftszwecke aus betrachtet, die absolute Strafrechtstheorie im Widerspruch?

Nach ihr ist die Strafe ein Postulat der Gerechtigkeit. Als solches hat sie keinen anderen Zweck, als an dem Verbrecher Vergeltung zu üben, ihm zu geben, was er verdient hat. Dagegen darf die Strafe niemals bloss als Mittel verhängt werden, um damit einen Nutzen für die menschliche Gesellschaft oder für den Verbrecher zu

¹³⁾ Uebereinstimmend damit v. IHERING, a. a. O. S. 491. Es sei hier besonders auch noch darauf hingewiesen, dass die obige Definition sich im wesentlichen mit der von BERNER neuerdings aufgestellten deckt. Während er noch in der 13. Aufl. seines Lehrbuchs S. 112 Verbrechen definiert, „als diejenige Spezies unsittlicher Handlungen, durch welche der einzelne den allgemeinen Willen verletzt, indem er entweder ein öffentliches oder ein privates Recht oder auch Religion und Sitte u. s. w. angreift“, fasst die in der 15. Aufl. S. 66 gegebene Definition den Zweckgedanken viel schärfer ins Auge. Sie lautet: „Verbrechen sind diejenigen Verletzungen, bei denen der Civilzwang zur Erhaltung der Rechtsordnung nicht ausreicht, und die der Staat deshalb mit Strafe bedroht hat“.

Aehnlich auch PAULSEN, „System der Ethik“: „Der Zweck der Strafe ist der eine: die Bewahrung von Frieden und Sicherheit, der Bedingung menschlichen Lebens“ (II, S. 483).

erreichen¹⁴⁾. Nach dieser Theorie stellt sich das Verbrechen also als diejenige Spezies unsittlicher Handlungen dar, deren notwendige und gerechte Folge die Strafe ist.

Mit dieser Definition steht die oben aufgestellte nur dann im Widerspruch, wenn man von der falschen Voraussetzung ausgeht, dass es für das Recht eine ewig gleichbleibende Notwendigkeit giebt, dass dasjenige, was zu einer Zeit gerecht ist, es zu jeder anderen auch sein muss. Wäre dies richtig, so könnte allerdings leicht der Fall eintreten, dass sich die stabile Gerechtigkeit und die wechselnde Zweckmässigkeit widersprächen.

Allein ein einziger Blick auf die Geschichte genügt, um uns zu beweisen, dass das Recht im ewigen Wechsel begriffen ist, dass der Staat dasjenige, was er zu einer Zeit gestattet, zu einer anderen verbietet, und was er hier vorschreibt, dort untersagt. In beiden Fällen aber kann er sehr wohl seine Aufgabe richtig erfasst haben. Dies wäre nicht möglich, wenn die Gerechtigkeit eine unabänderliche, absolute wäre. In der That ist sie dies aber nicht. Die Aufgabe des Staates besteht darin, durch Aufstellung und Aufrechterhaltung der Rechtsnormen die Interessen der Gesamtheit zu fördern. Dasjenige Gesetz, welches dieser Forderung vollkommen entspricht, ist ein gerechtes. Da nun aber die Interessen der Gesellschaft nicht zu allen Zeiten dieselben sind, so müssen sich genau in demselben Verhältnis auch die Rechtssätze ändern, sofern sie gerecht bleiben wollen. Gerechtigkeit und Zweckmässigkeit widersprechen sich

¹⁴⁾ Vgl. KANT, Rechtslehre § 49, und HEGEL, Naturrecht §§ 90 ff.

also keineswegs, im Gegenteil richtig verstanden, sind beide identisch¹⁵⁾.

Das Resultat, welches sich uns aus der Betrachtung der Geschichte ergibt, ist also dies: Die Anfänge des Strafrechts wurzeln in dem Selbsterhaltungstrieb des Individuums, unbewusst und instinktiv treibt derselbe zur Abwehr gegen jeden Eingriff in eine fremde Rechtssphäre. KANT und mit ihm die absolute Theorie befinden sich also, wenn sie die Strafe als notwendige Folge des Verbrechens bezeichnen, mit der Geschichte im vollkommenen Einklang. Im Laufe der Kulturentwicklung verwandelt sich sodann aber die instinktive Strafe in eine durch einen bewussten Zweck bestimmte. Dieser Zweck ist der Schutz der Existenzbedingungen der Gesellschaft, die Aufrechterhaltung der Rechtsordnung.

§ 3.

Der rechtswidrige Wille: Ausschliesslich zu beziehen auf die durch das Strafgesetz verbotene Wirkung des Thuns.

Am Anfang des vorigen Paragraphen haben wir das Verbrechen als die vom Staat mit öffentlicher Strafe belegte Handlung bestimmt, den Begriff der Handlung jedoch noch undefiniert gelassen.

Wir müssen dies Versäumnis hier nachholen und zwar um so mehr, als die Vernachlässigung gerade dieses Begriffs zu einer Reihe der folgenschwersten Irrtümer in der BINDING'schen Schuldlehre geführt hat. Handlung ist jede durch einen normalen menschlichen Willen hervorgerufene Veränderung in der Aussenwelt. Das Wesentliche in dem Begriff der Handlung liegt also darin,

¹⁵⁾ So auch BERNER, Lehrbuch 15. Aufl., S. 66.

dass die sinnlich wahrnehmbare Veränderung, welche man den Erfolg nennt, auf einen menschlichen Willen als auf seine Ursache zurückgeführt werden kann¹⁶⁾. In diesem Satz ist ein doppeltes gelegen.

Der Begriff der Handlung ist ausgeschlossen, einmal, wenn die von einem Menschen begangene That nicht von ihm gewollt war, wenn der Kausalzusammenhang zwischen dem Willen und der That fehlte, zweitens, wenn der Thäter überhaupt der Fähigkeit, in normaler Weise zu wollen, entbehrte.

Im ersten Fall sagt man: Die That ist dem Thäter nicht zurechenbar, im zweiten: Er ist nicht zurechnungsfähig. Beide Fälle sind innerlich durchaus verschieden. Im ersten ist der Mensch, für den die Zurechenbarkeit des von ihm Verursachten in Frage steht, gleichzeitig sehr wohl fähig, wirkliche Handlungen vorzunehmen, im zweiten dagegen nicht. BINDING greift diese im übrigen allgemein festgehaltene Unterscheidung an, indem er behauptet, dass es für den Richter ganz gleichgültig sei, ob der Thäter, welchem die Handlungsfähigkeit für die zu beurteilende That fehle, „gleichzeitig fähig gewesen wäre, wirkliche Handlungen vorzunehmen, die er aber nicht vorgenommen hat, oder, welche wenigstens nicht gerade zur Beurteilung stehen“¹⁷⁾. Diese Behauptung BINDING's ist unrichtig. In jedem einzelnen Fall muss die Zurechnungsfähigkeit des Thäters vom Richter erst im bejahenden Sinne entschieden sein, bevor er an die

¹⁶⁾ Treffend definiert BERNER (Lehrbuch 15. Aufl., S. 112) Handlung als die „lebendige Vermittelung des Willens zur That“, während er im Gegensatz dazu That nur als „das abgelagerte, objektive Ergebnis der Handlung“ bezeichnet.

¹⁷⁾ BINDING, Normen II, S. 39.

Entscheidung über die Zurechenbarkeit der zur Aburteilung stehenden That herantreten kann.

Der Satz, dass das Verbrechen Handlung ist, d. h. als unbedingte Voraussetzung einen menschlichen Willen verlangt, ist durchaus nicht ein so selbstverständlicher, wie er uns heute erscheint, er hat sich vielmehr nur sehr allmählich herausgebildet. Das älteste Recht aller Völker beurteilt eine jede That lediglich nach dem objektiven Erfolge, es verlangt eine rein äusserliche Vergeltung nach der Grösse des angerichteten Schadens. Ob der Thäter dabei vorsätzlich oder fahrlässig oder sogar gänzlich schuldlos gehandelt habe, ist der rohen Vorstellung ganz gleichgültig, da die äusseren Folgen in allen drei Fällen dieselben sind.

Erst nachdem man diesen Standpunkt überwunden und die objektive und subjektive Seite in der rechtsverletzenden Handlung auseinander zu halten gelernt hatte, konnte der richtige Massstab für die Beurteilung des Verbrechens gewonnen werden. Man begriff jetzt, dass nicht in der Verletzung als solcher, sondern in dem bösen Willen des Thäters der Angriff auf die Rechtsordnung zu finden sei, und dass daher die Strafe als Reaktion gegen das Unrecht sich gegen den Willen, als gegen die Ursache der Verletzung, zu richten habe.

Erst mit dieser Erkenntnis war dem Begriff der Verschuldung die ihm in dem System des Strafrechts gebührende Stelle eingeräumt, welche er seitdem nicht wieder verloren hat.

War im vorigen Paragraphen Verbrechen als Angriff auf die wichtigsten Lebensinteressen der Gesellschaft bezeichnet worden, so kann jetzt also noch zur näheren Erklärung hinzugefügt werden, dass nach unserer fort-

geschrittenen und verfeinerten Auffassung ein solcher Angriff nur dann vorliegt, wenn das Geschehene auch ein Gewolltes war, wenn der Thäter die Vorstellung von der Wirkung seines Thuns gehabt hat. Liegt diese Voraussetzung vor, so wird die Handlung eine vorsätzliche genannt¹⁸⁾. Vorsatz ist also das bewusste Wollen der Wirkung des Thuns und die Handlung dann eine vorsätzliche, wenn das, was wirklich geschehen ist, mit dem Willen des Thäters übereinstimmt.

Für das Strafrecht kommt das menschliche Thun nun selbstverständlich nur soweit in Frage, als es sich auf etwas Rechtswidriges, d. h. auf etwas durch die Strafrechtsnormen Verbotenes, richtet¹⁹⁾. Wir werden daher in der obigen Begriffsbestimmung des Vorsatzes, welche sich auf das menschliche Handeln überhaupt — auf das rechtswidrige ebensowohl, wie auf das rechtmässige — bezog, einen Zusatz machen müssen, um speziell den rechtswidrigen Vorsatz erschöpfend zu definieren.

Dieser lässt sich etwa wie folgt bestimmen: Rechtswidriger Vorsatz ist das bewusste Wollen der durch das Strafgesetz verbotenen Wirkung. Zum Begriff des vorsätzlich verübten Verbrechens sind demnach zwei Erfordernisse unbedingt notwendig, diese aber auch ausreichend: Die verübte That muss objektiv den Thatbestand einer strafbaren Handlung bilden und subjektiv gewollt sein. Dieser Zusammenhang zwischen Willen und That macht die Handlung erst zu einer verbrecherischen und den Willen zu einem im Sinne des Strafrechts vorsätzlichen.

¹⁸⁾ Ueber die zweite Grundform des rechtswidrigen Willens, die Fahrlässigkeit, wird an einer späteren Stelle gesprochen werden.

¹⁹⁾ Wir beschränken uns hier auf den Ausdruck: „Verbot“, indem die Unterlassungsdelikte, deren Wesen darin besteht, dass man bei Strafe Gebotenes nicht thut, bei Seite gelassen werden.

Letzterer wird also lediglich durch das eine Moment charakterisiert und nur dadurch von jedem anderen Willen unterschieden, dass diejenige Thätigkeit, worauf er sich richtet, den Thatbestand eines Verbrechens bildet, d. h. dass alle einzelnen Thatumstände, welche die Handlung zu einer vom Gesetze mit Strafe bedrohten machen, vom Thäter gekannt werden.

Auf die Unterscheidung von Vorsatz und Absicht einzugehen, ist hier nicht erforderlich. Wo im folgenden vom Vorsatz und vorsätzlichen Wollen gesprochen wird, ist die Absicht darunter stets mit einbegriffen. Wir wollen mit dem Wort: „Vorsatz“ den Dolus im allgemeinen bezeichnen.

Der Begriff der Schuld umfasst nun aber ausser dem Vorsatz noch eine zweite Unterart: „die Fahrlässigkeit“. Das Wesen dieser liegt darin, dass sich der Thäter den rechtswidrigen Erfolg nicht vorgestellt, denselben also auch nicht gewollt hatte. Dadurch unterscheidet sie sich wesentlich vom Vorsatz. Während das charakteristische Merkmal dieses, wie wir gesehen haben, gerade darin lag, dass der Thäter den betreffenden Erfolg in sein Bewusstsein aufgenommen hat, ist dies bei der Fahrlässigkeit nicht der Fall. Dass dieselbe dennoch dem Thäter zur Schuld zugerechnet wird, hat seinen Grund darin, dass er sich diesen Erfolg hätte vorstellen können und, da er ein rechtswidriger ist, die Handlung zu vermeiden verpflichtet gewesen wäre.

§ 4.

Das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit kein Begriffsmerkmal des rechtswidrigen Willens.

Das Resultat, welches uns die bisherige Betrachtung ergeben hat, ist folgendes: Verbrechen ist der nur durch

Strafe abzuwehrende Angriff auf die wichtigsten Lebensinteressen der Gesellschaft. In dem Begriff des Verbrechens als einer Handlung ist der Begriff des rechtswidrigen Willens von selbst mit enthalten, und zwar wohnt diese Rechtswidrigkeit dem Willen inne, sobald die Thätigkeit, auf welche derselbe gerichtet ist, den Thatbestand einer strafbaren Handlung bildet.

Hier entsteht nun aber die wichtige Frage, ob nicht zum Begriff des rechtswidrigen Willens noch ein weiteres Erfordernis gehört, nämlich dass der Thäter auch mit dem Bewusstsein von der Rechtswidrigkeit seines Thuns gehandelt hat. Diese Ansicht wird von BINDING mit aller Energie vertreten. Da auch hervorragende Praktiker, wie BURI und OLSHAUSEN, sich demselben angeschlossen haben, muss hier ausführlich darauf eingegangen werden.

Es kommen zwei Auffassungen in Betracht. Beide stimmen darin überein, dass das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit ein wesentliches Begriffsmerkmal des rechtswidrigen Willens bilde. Während aber die eine in konsequenter Verfolgung ihres Standpunkts beim Fehlen dieses Bewusstseins die Strafbarkeit wegen Mangels der Schuld stets ausschliessen will, stellt die andere eine allgemeine Präsuntion der Gesetzeskenntnis auf, da von jeder mit Verstand begabten Person als rechtlich gewiss anzunehmen sei, dass sie die Strafgesetze kenne. Im praktischen Erfolg besteht zwischen dieser letzteren Ansicht und der unsrigen allerdings kein Unterschied. Allein die theoretische Konstruktion ist eine ganz verschiedene.

Wir wollen jetzt zunächst die Ansichten der Vertreter der zuerst angeführten Gruppe prüfen.

Am eindringlichsten und entschiedensten ist die Notwendigkeit der Kenntnis vom Dasein und Inhalt der

übertretenen Rechtsnorm für die Bestrafung von BINDING gefordert worden. BINDING unterscheidet bekanntlich scharf zwischen Norm und Strafgesetz, und zwar formuliert er diesen Unterschied auf folgende Weise: Notwendige Voraussetzung eines jeden Strafgesetzes ist ein voraufgegangenes Verbot der verpönten Handlung, welches dem Strafrecht in keiner Weise angehört und auch keine Hinweisung auf die Rechtsfolgen enthält, welche an die Handlung als an deren Bedingung geknüpft sind. Dieses Verbot findet man durch Umwandlung des ersten Teils unserer Strafgesetze in einen Befehl, nicht so zu handeln, wie es daselbst bezeichnet ist. Diesen Befehl nennt BINDING die Norm. Dieselbe geht begrifflich und notwendig dem Strafgesetze voraus, denn dieses bedroht eine Normverletzung mit einer Straffolge oder erklärt sie für straffrei. Die Strafbarkeit einer Handlung wird also erst durch das Strafgesetz, die Rechtswidrigkeit dagegen schon durch die Norm ausgesprochen. In dem Ungehorsam gegen sie liegt das Wesen alles Unrechts. Auf dieser Definition beruht die ganze BINDING'sche Schuldlehre. Schuld ist nach seiner Auffassung der auf Ungehorsam gegen die Norm gerichtete Wille eines Handlungsfähigen ²⁰⁾. Er begründet diese Definition auf folgende Weise: „Das Gesetz verlangt, dass der Mensch sich nach ihm richte. Wenn es aber einen solchen Gehorsam fordert, so setzt es damit auf seiten des Gehorchenden notwendig diejenige Vorstellung voraus, aus welcher der Gehorsam allein entspringen kann: die Vorstellung eben, dass ein solcher autoritativer Wille bestimmten Inhalts existiere. Vor dieser Wissenschaft Gehorsam von den Individuen fordern, heisst von ihnen

²⁰⁾ Vgl. BINDING, Normen II, S. 103.

verlangen, wozu sie erst nach dieser Wissenschaft imstande sind. Das Unmögliche zu fordern, ist aber das Recht, weil es vernünftig ist, selbst ausser Stande“ ²¹⁾). Darf demnach von Schuld bei Normunkenntnis nicht gesprochen werden, so kann derjenige, welcher das von ihm übertretene Verbot nicht kennt, sich weder einer vorsätzlichen noch einer fahrlässigen Gesetzesübertretung schuldig machen. Den Unterschied zwischen diesen beiden Schuldarten konstruiert BINDING aus dem Begriff der Vorstellung heraus. Es ist bereits im § 1 bemerkt worden, dass nach BINDING's Auffassung auch etwas Nichtvorgestelltes gewollt sein kann. Demgemäss kann Jemand etwas Widerrechtliches wollen, nachdem er es sich als solches vorgestellt hat, oder auch ohne dass er sich der Widerrechtlichkeit seiner Handlungsweise bewusst gewesen ist ²²⁾). Im ersten Falle liegt Vorsatz, im zweiten Fahrlässigkeit vor. Beiden Schuldarten ist also das eine Moment gemeinsam, dass der Thäter eine Handlung will, welche eine ihm bekannte Norm verletzt, sie unterscheiden sich nur dadurch, dass beim vorsätzlichen Delikt das Gewollte als im Widerspruch zu der betreffenden Norm stehend vorgestellt wird, während bei der Fahrlässigkeit diese Vorstellung fehlt ²³⁾).

Gegenüber diesen Ausführungen ist zunächst zu bemerken, dass die ganze BINDING'sche Normenlehre, zumal in der Allgemeinheit, wie sie aufgestellt ist, nicht haltbar erscheint. Es giebt eine ganze Reihe von Strafgesetzen, denen begrifflich keine Norm vorausgeht, und

²¹⁾ BINDING a. a. O. II, S. 63 ff.

²²⁾ a. a. O. II, S. 116 ff.

²³⁾ Vgl. hierzu auch BURI, Die Kausalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen S. 35—39.

welche Rechtsgüter schützen, die durch keine andere Rechtsquelle geschützt werden, als allein durch das Strafgesetz. Dies gilt nicht nur von den kleinen, im polizeilichen Interesse untersagten Uebertretungen, sondern auch von ganz schweren Verbrechen. Welche Rechtsnorm könnte beispielsweise nach Wegfall des § 87 des Reichsstrafgesetzbuchs nachgewiesen werden, welcher denjenigen Deutschen, der sich mit einer ausländischen Regierung einlässt, um dieselbe zu einem Kriege gegen das Deutsche Reich zu veranlassen, mit schwerer Zuchthausstrafe bedroht? Wenn dieser Paragraph nicht existierte, so würde die dort bezeichnete Handlung, wenn auch unmoralisch, so doch rechtlich durchaus erlaubt sein. Fasst man den Begriff der Norm aber in einem weiteren Sinne und versteht darunter Gebote, die zwar nicht dem Recht, wohl aber der Sitte, der Sittlichkeit oder anderen Gebieten der gesellschaftlichen Ordnung angehören, so wird derselbe ganz unklar und bei den schwankenden Ansichten, welche über das, was der Sitte, der Moral u. s. w. entspricht, herrschen, völlig willkürlich. Der Richter hat dann keinen festen und sicheren Massstab mehr an der Hand, nach welchem er die Frage, was normgemäss oder normwidrig ist, entscheiden kann, vielmehr bleibt dies ganz und gar seinem subjektiven Gefühl überlassen. Es kommt aber noch hinzu, dass, selbst wenn man Norm in dem angegebenen weiten Sinn fasst, sich auch dann noch immer nicht einem jeden strafbaren Thatbestande gegenüber zwischen Norm und Strafgesetz unterscheiden lässt. Dies trifft namentlich bei den zahlreichen Strafgesetzen zu, welche keine an sich unmoralischen oder die Rechte anderer verletzenden Handlungen verbieten, sondern welche nach Art einer Polizeivor-

schrift lediglich zur Sicherheit des Publikums dienen und der Entstehung von Schaden vorbeugen sollen. Würden diese Vorschriften wegfallen, — man denke z. B. an den § 367 No. 3 des Reichsstrafgesetzbuchs, welcher das Feilhalten von Gift oder Arzeneien ohne polizeiliche Erlaubnis bestraft, — so wären die dort untersagten Handlungen absolut erlaubte, mag man den Begriff der Norm, soweit man immer will, fassen. Es lässt sich also, so können wir zusammenfassend sagen, durchaus nicht bei einem jeden Strafgesetz eine ihm begrifflich vorausgehende Norm nachweisen, vielmehr wird diese vielfach erst durch das Strafgesetz selbst geschaffen²⁴).

Nun ist allerdings BINDING zuzugeben, dass es eine grosse Anzahl Strafgesetze giebt, durch welche eine Handlung mit Strafe bedroht wird, die bereits vorher durch andere Gesetze mit civilrechtlichen oder sonstigen Rechtsfolgen verknüpft gewesen ist. Aber selbst in diesen Fällen ist die Normentheorie nur scheinbar richtig. Denn auch hier ist das civilrechtliche oder sonstige Ge- oder Verbot durchaus nicht die notwendige Voraussetzung des Strafgesetzes, dieses hat vielmehr mit jenen Normen gar nichts zu thun. Für das Gebiet des Strafrechts erklärt erst der Strafgesetzgeber und nur er, welche Handlungen strafbar, und damit zugleich, welche rechts- oder normwidrig sein sollen.

Wenden wir nunmehr das gefundene Ergebnis auf die hier zu behandelnde Frage an, so ist zu sagen, dass das von BINDING zum Begriffsmerkmal des rechtswidrigen Willens erhobene Bewusstsein der Normwidrigkeit ein

²⁴) Vgl. LUCAS, Die subjektive Verschuldung § 14, und MERKEL in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. VI S. 496 ff., insbesondere S. 513—516.

nicht klarer, in vielen Fällen sogar direkt unbrauchbarer Begriff ist. Glaubt man eine Schuld nicht annehmen zu können, ohne dass der Wille des Thäters sich direkt gegen das Recht gerichtet habe, so muss man konsequenterweise das Bewusstsein von der Strafgesetzwidrigkeit der Handlung fordern. Damit ist wenigstens jede Undeutlichkeit und Unklarheit ausgeschlossen.

Abgesehen von diesem Bedenken steht der Auffassung BINDING's aber noch der weitere viel schwerwiegendere Einwand entgegen, dass es überhaupt verfehlt ist, die Antwort auf die Frage, ob das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit zur Strafbarkeit zu erfordern sei, aus dem Begriff des Willens herleiten zu wollen. Wie im § 3 schon hervorgehoben ist, wohnt der verbrecherischen Handlung bereits als solcher die Rechtswidrigkeit inne. Diese darf daher nicht in den Willen, welcher mit der Gesetzmässigkeit oder Gesetzwidrigkeit der Handlung gar nichts zu thun hat, verlegt werden.

Wille ist, wie wir im § 1 gesehen haben, nichts anderes, als das durch Vorstellungen unseres Bewusstseins hervorgerufene Begehren, bestimmte Veränderungen in der Aussenwelt zu bewirken, und insofern stimmen rechtmässiger und rechtswidriger Wille vollkommen überein. Sie unterscheiden sich nur dadurch, dass der erstere sich auf einen gesetzlich erlaubten, der letztere auf einen vom Recht mit Strafe bedrohten Erfolg richtet. Diejenigen, welche die hier dargelegte Auffassung nicht teilen, sondern meinen, dass das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit die unerlässliche Voraussetzung des rechtswidrigen Willens sei, nehmen damit zugleich an, dass der Wille für das Gebiet des Strafrechts etwas anderes bedeute, als sonst in der ganzen übrigen Welt, — eine

Konsequenz, deren Unrichtigkeit man sofort einsieht, sobald man sich erinnert, dass die beiden Willensformen, Vorsatz und Fahrlässigkeit, wie v. LISZT ²⁵⁾ richtig hervorhebt, „nicht nur auf dem Gebiete des rechtswidrigen, sondern auch auf dem des rechtlich gleichgültigen Handelns in der gleichen Weise wiederkehren. Nicht nur der Wilddieb, sondern auch der Jagdberechtigte kann ein Stück Wild vorsätzlich oder fahrlässig töten; und nicht nur eine fremde, sondern auch meine eigene bewegliche Sache kann ich vorsätzlich oder fahrlässig zertrümmern.“ Hält man dies fest, dass es keinen besonderen strafrechtlichen Willen giebt und behält man weiter im Auge, dass das charakteristische Merkmal jedes Willens in dem Begehren liegt, bestimmte Veränderungen in der Aussenwelt zu bewirken, so leuchtet sofort ein, dass das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit mit dem Willen gar nichts zu thun haben kann. Dass man diese ganz einfache Wahrheit immer wieder verkennt und den Rechtsirrtum für einen Aufhebungsgrund der Zurechnung betrachtet, hat seinen Grund in der Unklarheit, welche über den Begriff der Kausalität vielfach verbreitet ist. Wir müssen daher auf denselben hier noch näher eingehen. —

Dass das Gesetz der Kausalität keine den Erscheinungen der äusseren Natur innewohnende Kraft, sondern nichts anderes, als eine Kategorie unseres Denkens und als solche eine Grundbedingung unserer gesamten Erfahrung ist, kann wohl als eine seit KANT in der Philosophie allgemein anerkannte Wahrheit gelten ²⁶⁾.

²⁵⁾ v. LISZT, Lehrbuch S. 164, Anm. 7.

²⁶⁾ Vergl. LANGE, Geschichte des Materialismus S. 399.

Hieraus aber folgt zweierlei:

Erstens: Im Gebiete der Erfahrung gilt das Kausalitätsgesetz unbeschränkt, da wir nichts als wirklich gelten lassen, was wir nicht in die Gesetzmässigkeit des Kausalzusammenhangs einzureihen vermögen.

Zweitens: Ausserhalb der Erfahrung hat das Kausalgesetz, eben weil es nur eine Kategorie unseres Denkens ist, keine Bedeutung mehr.

Die Form, in welcher das Kausalitätsprinzip gewöhnlich ausgedrückt wird, dass jedes Ding seine Ursache habe, ist ungenau. Wir wenden den Begriff der Kausalität niemals auf die Erscheinungen der äusseren Natur an, so lange sie in Ruhe verharren. Vielmehr ist die nothwendige Voraussetzung der Kausalität: die Veränderung. Tritt eine solche an einem realen Objekte ein, so schliessen wir, dass ihr ein Zustand vorausging, welchem der neue Zustand mit Notwendigkeit folgen musste und nennen dann die Summe der Bedingungen, welche diesen Erfolg herbeiführte: die Ursache, die eingetretene Veränderung: die Wirkung. Es ist selbstverständlich, dass das Kausalgesetz nicht nur für die Erscheinungen der äusseren Natur, sondern auch für die psychischen Vorgänge, soweit diese der wissenschaftlichen Untersuchung überhaupt zugänglich sind, gültig ist.

Mit dem „Gesetz der Kausalität“ wird vielfach ein anderes, von ihm streng zu trennendes, nämlich: der „Satz vom Grunde“ verwechselt. Während die Logik die beiden Gesetze, deren Verschiedenheiten sogleich besprochen werden sollen, streng auseinanderhält²⁷⁾, finden wir sie in der Jurisprudenz häufig miteinander vermengt.

²⁷⁾ Vgl. SIGWART, Logik Bd. I, S. 211; WUNDT, Logik Bd. I, S. 546—552, vor allem aber die grundlegende Untersuchung SCHOPEN-

Auch BINDING unterscheidet beide nicht. Wir werden sogleich sehen, dass aus dieser Ungenauigkeit die ganze Kette der Irrtümer hervorgeht, welche sich in seiner Schuldlehre finden.

Das Kausalgesetz hat es, wie wir gesehen haben, nur mit dem Zusammenhang von Ereignissen, von in Raum und Zeit geschehenden Veränderungen zu thun, der Satz vom Grunde dagegen bezieht sich auf den Zusammenhang von Denkakten. Er besagt, dass „wenn ein Urteil eine Erkenntnis ausdrücken soll, es einen zureichenden Grund haben muss; wegen dieser Eigenschaft erhält es alsdann das Prädikat wahr“²⁸⁾. In der Terminologie der Logik wird die Ursache oder der Realgrund *causa*, der Erkenntnis- oder Beweisgrund *ratio* genannt.

Ein Beispiel mag das Gesagte erläutern: Der Satz: „Die Elektrizität ist die Ursache des Blitzes“, drückt ein rein kausales Verhältnis aus. Er besagt, dass die Elektrizität realiter den Blitz hervorgebracht habe. Der Satz dagegen: „Wenn es blitzt, so muss Elektrizität in den Wolken vorhanden sein“ hat mit der Kausalität gar nichts zu thun. Er bedeutet: Der Umstand, dass es blitzt, bildet für mich, als den Urteilenden, den zureichenden Grund anzunehmen, dass die Wolken Elektrizität enthalten. Ich würde diesen letzteren Satz allerdings niemals aussprechen können, wenn mir nicht schon vorher der betreffende Kausalzusammenhang bekannt gewesen wäre, wenn ich nicht bereits gewusst hätte, dass die Elektrizität den Blitz erzeugt. Aber dieser Umstand berechtigt noch durchaus nicht zu der Annahme, dass

HAUER's: „Ueber die vierfache Wurzel des Satzes vom zureichenden Grunde“, insbesondere das fünfte Kapitel.

²⁸⁾ SCHOPENHAUER, a. a. O. S. 105.

Abhandlungen I. Bd.

zwischen dem Kausalprinzip und dem Satz vom Grunde eine Verschiedenheit nicht besteht. Das Kausalgesetz spricht nur aus, dass ein Zustand einen bestimmten anderen mit Notwendigkeit zur Folge habe. Sofern wir aber auf Grund der Erkenntnis dieses Zusammenhangs aus der Wirkung auf die Ursache zu schliessen vermögen, so liegt ein Urteil vor, dessen einzige Besonderheit die ist, dass es seinen Grund in der Erfahrung hat. SCHOPENHAUER sagt deshalb von Urteilen dieser Art, dass sie empirische oder materiale Wahrheit besässen (§ 31 a. a. O.).

Allein nicht immer ist ein Kausalverhältnis Grund eines Urteils. Ein Urteil kann auch ein anderes Urteil oder eine Reihe solcher zu seinem Grunde haben. Dies ist stets bei dem „Schluss“ der Fall. In dem bekannten Beispiel eines Schlusses: „Alle Menschen sind sterblich, Sokrates ist ein Mensch, also ist Sokrates sterblich“, bilden die beiden ersten Urteile für den Urteilenden den zureichenden Grund, Sokrates für sterblich zu erklären. SCHOPENHAUER sagt deshalb von Urteilen dieser Art, dass sie logische oder formale Wahrheit besässen.

Das Angeführte dürfte genügend sein, um den behaupteten Unterschied klar zu legen. Wir fassen ihn noch einmal in den Satz zusammen: Das Kausalgesetz bezieht sich auf den Zusammenhang der in Raum und Zeit vor sich gehenden Veränderungen, der Satz vom Grunde dagegen auf die logische Notwendigkeit unserer Urteile.

Die Auseinanderhaltung dieser beiden Sätze ist nun auch für das Recht von grösster Bedeutung. Ihre Vermischung führt, wie uns die BINDING'sche Schuldlehre zeigt, praktisch zu den schwerwiegendsten Fehlern. Nach BINDING besteht das Wesen des Delikts in der Verwirklichung des schuldhaften Willens. Schuldhaft aber

ist der Wille nur dann, wenn er die Ursache einer Rechtswidrigkeit oder, um in der BINDING'schen Terminologie zu bleiben, einer Normverletzung geworden ist. Von dem Standpunkt dieser Definition aus ist es völlig konsequent, wenn BINDING als unerlässliche Voraussetzung der Zurechnung die Kenntnis des Thäters von dem ihn verpflichtenden Gesetze hinstellt²⁹⁾ und beim Mangel dieser Kenntnis das Vorhandensein einer jeglichen Willensschuld, sei es einer vorsätzlichen oder fahrlässigen, verneinen will. Denn wenn der Kern aller Schuld in dem Ungehorsam gegen die Normen, in dem Willen, sie zu verletzen, besteht, so muss der Thäter diese natürlich zuvor gekannt haben. Ohne diese Kenntnis wäre eben eine verbrecherische Willensbestimmung undenkbar. Diese Konsequenz ist von BINDING seinem Standpunkte gemäss ganz folgerichtig gezogen. Wir werden daher direkt gegen sie nicht ankämpfen können. Gelingt es uns jedoch nachzuweisen, dass schon an und für sich die Voraussetzung, von welcher er ausgeht, nämlich seine Definition von der Schuld, falsch ist, so werden damit auch alle daraus abgeleiteten Folgerungen hinfällig. Die Begriffsbestimmung der Schuld lautet bei BINDING nun noch einmal wörtlich wiederholt folgendermassen: „Schuld ist der Wille eines Handlungsfähigen als Ursache einer Rechtswidrigkeit“. (II S. 102.) Diese Definition verknüpft also den Willen und die Rechtswidrigkeit durch das Gesetz der Kausalität. Damit aber begeht sie einen schweren Fehler. Die Rechtswidrigkeit ist keine der Sinnenwelt angehörige Thatsache, sondern eine begriffliche Abstraktion der

²⁹⁾ BINDING, Normen Bd. II, bes. S. 102, 171, 403.

Rechtswissenschaft. Als solche aber kommt ihr, wie allen unseren Begriffen, Urteilen und Schlüssen keine erkennbare Wirklichkeit zu, ausser in unserem Denken. Mithin kann die Kategorie der Kausalität, welche nur für sinnfällige, in Raum und Zeit geschehende Veränderungen gilt, auf diesen Begriff niemals angewendet werden. Auf ihn passt immer nur der auf den Zusammenhang von Denkakten gehende Satz vom Grunde. Von der Ursache oder dem Realgrunde einer Rechtsverletzung zu sprechen, ist also unlogisch, sofern man darunter nicht etwa nur dasjenige konkrete physische Geschehen versteht, welches den Charakter der Rechtsverletzung an sich trägt. Dass aber eine Handlung diesen Charakter besitzt, dafür giebt es überhaupt keinen Realgrund, sondern nur einen Erkenntnisgrund, welcher in den geltenden Rechtsbestimmungen gelegen ist.

Wir können das Gesagte kurz dahin rekapitulieren: Die Wirkung des menschlichen Willens als einer der Sinnenwelt angehörigen Erscheinung kann immer nur ein Vorgang sein, welcher ebenfalls sinnfälliger Art ist, d. h. stets nur eine in der Aussenwelt geschehende Veränderung, niemals aber eine Verletzung des Rechts.

Ein einfaches Beispiel möge dies noch näher verdeutlichen: Mein Wille kann im Zusammenhang mit anderen, dem menschlichen Einfluss nicht unterworfenen Umständen beispielsweise den Erfolg hervorbringen, dass ein bestimmter Mensch an einem bestimmten Orte und zu einer bestimmten Zeit seines Lebens beraubt wird, niemals aber kann er bewirken, dass durch dieses Geschehen eine Verletzung des Rechts eintritt. Nehmen wir einmal an, dass diejenige gesetzliche Bestimmung, welche die Tötung eines Menschen als Mord bestraft, nicht existierte, so

würde es unmöglich sein, dass jemand das genannte Verbrechen begehen könnte. Genau dieselbe Handlung, welche sich heute als Mord charakterisiert, würde in diesem Falle eine rechtlich erlaubte Tötung eines Menschen sein, obwohl das physische Geschehen beide Male ganz das gleiche ist. Wir haben darin den besten Beweis, dass der menschliche Wille nicht die Ursache des Mordes genannt werden kann. Dieser Begriff hat als eine rein geistige Schöpfung des Gesetzgebers überhaupt keine Ursache, sondern, wie bereits bemerkt, nur einen in den geltenden Rechtsbestimmungen zu findenden Erkenntnisgrund.

Der Trugschluss BINDING's liegt also, wie man sieht, darin, dass er einen aus den Erscheinungen der Wirklichkeit mittelst Abstraktion abgeleiteten Begriff mit diesen Erscheinungen selbst verwechselt und die Denkform der Kausalität auf jenen statt auf diese anwendet.

Noch deutlicher, als bei BINDING, kehrt dieser Fehler bei ZITELMANN wieder³⁰⁾, dessen Ausführungen ein um so grösseres Gewicht besitzen, als sie sich angeblich mit einem so hervorragenden Logiker, wie SIGWART, im Einklang befinden. Es dürfte daher, um unsern Standpunkt BINDING gegenüber überzeugend zu begründen, unumgänglich sein, auch die Einwände ZITELMANN's zu prüfen. Ganz wie BINDING für das Gebiet des Strafrechts, so stellt ZITELMANN³¹⁾ für das Gebiet des Civilrechts die Behauptung auf, dass zwischen gewissen natürlichen That-sachen und den auf Grund juristischer Abstraktion gewonnenen Begriffen ein notwendiger Zusammenhang bestehe. Nur schränkt er im Gegensatz zu BINDING diese

³⁰⁾ Ebenso auch bei v. ROHLAND, „Unterlassungsdelikte“.

³¹⁾ ZITELMANN, „Irrtum und Rechtsgeschäft“ S. 209 und 219.

Behauptung dahin ein, dass er unter jenem Zusammenhang nicht das Verhältnis der natürlichen Kausalität verstanden wissen will, sondern „ein eigentümliches, erst von dem Gesetzgeber geschaffenes Band der Notwendigkeit, das wir nicht anders, als analog der natürlichen Kausalität aufzufassen vermögen.“

Er erläutert diesen Satz an folgendem Beispiel: Wenn die Thatsache der Okkupation einer herrenlosen Sache Ursache des Eigentumserwerbs genannt wird, so wird zwischen den beiden Thatsachen, der natürlichen und der juristischen, ein Verhältnis hergestellt, welches, wie er meint, nur das der Kausalität sein könne (S. 219 u. 220).

Um dies zu beweisen, polemisiert ZITELMANN nach einigen nicht hierher gehörigen Ausführungen zunächst gegen die Ansicht, welche in dem genannten Beispiel das Verhältnis der logischen Notwendigkeit für vorliegend erachtet und demgemäss in der Okkupation den Erkenntnisgrund für den Eigentumserwerb finden will. „Wenn von zwei Urteilen,“ so führt er aus, „das eine Erkenntnisgrund des andern sein soll, und doch das zweite Urteil aus dem ersten nicht bloss durch Umformung oder Analyse gewonnen ist, — woran in unserem Fall selbstverständlich nicht gedacht werden kann, — wenn vielmehr das zweite Urteil dem ersten gegenüber etwas völlig Neues ist, so muss zwischen den beiden in den Urteilen ausgedrückten Thatsachen an und für sich eine solche Verbindung bestehen, welche uns befähigt, von einer Thatsache auf die andere zu schliessen: zwischen zwei Thatsachen aber, von denen wir die eine, — wie in unserm Fall die Okkupation, — als einen realen Vorgang kennen, giebt es nur eine einzige derartige Verbindung, die der Kausalität: wir schliessen von der Ursache auf die Wir-

kung oder umgekehrt. Wenn wir endlich wissen, dass von den beiden Thatsachen die im Vordersatz bezeichnete zeitlich vorangeht, so bleibt nur eine Erklärung: sie ist die Ursache der im Nachsatz bezeichneten Thatsache. Gerade das aber war das Thema unseres Beweises, dass zwischen den beiden Thatsachen, der natürlichen und der juristischen, ein Verhältnis bestehe, welches als Kausalität zu denken sei.“

Wir haben diese Ausführungen hier wörtlich wiedergegeben, weil sie in der That auf den ersten Blick sehr viel Bestechendes haben, zumal sich ZITELMANN dabei auf die Argumente SIGWART's (Logik, Band 1 S. 381 und 386) stützt. Nun ist unzweifelhaft die aus SIGWART entlehnte Stelle richtig, es fragt sich nur, ob der von diesem ins Auge gefasste Fall hier vorliegt, und dies ist zu bestreiten.

SIGWART redet von dem Fall, wo aus einem Urteil ein anderes, neues gewonnen wird. Dies ist, wie er ausführt, nur möglich, wenn zwischen den beiden in den Urteilen ausgedrückten Thatsachen ein Kausalverhältnis besteht, — wir erinnern an das vorhin gewählte Beispiel: „Wenn es blitzt, so muss Elektrizität in den Wolken vorhanden sein“. Bei dem von ZITELMANN betrachteten Fall wird aber gar nicht aus *einem* Urteil, sondern aus *zwei* Urteilen ein drittes neues hergeleitet. Mit anderen Worten: Wir haben es hier mit einem einfachen vollständigen „Schluss“ zu thun, bei welchem von einem zugrunde liegenden kausalen Verhältnis natürlich gar keine Rede ist. Die beiden ersten Urteile lauten:

- 1) X hat eine herrenlose Sache okkupiert.
- 2) Okkupation einer herrenlosen Sache begründet nach dem Gesetz den Eigentumserwerb, folglich, — und

dies ist das neu gewonnene dritte Urteil, — ist X Eigentümer der okkupierten Sache geworden. Das zweite dieser drei Urteile wird von ZITELMANN unberechtigter Weise ausser Acht gelassen, und doch kann die Wahrheit des zu begründenden Urteils nur aus den beiden ersten Sätzen zusammen hergeleitet werden. Daraus, dass X eine herrenlose Sache okkupiert hat, folgt durchaus noch nicht, dass er Eigentümer dieser Sache geworden ist. Dies wird er nur deshalb, weil das Gesetz als ein weiterer Faktor hinzutritt. In der That haben wir es also hier lediglich mit dem Verhältniss der logischen Notwendigkeit und nicht mit dem der Kausalität zu thun. Die beiden ersten Urteile bilden für den Urtheilenden den zureichenden Grund, den X für den Eigentümer zu erklären.

ZITELMANN behauptet nun aber weiter, dass „das zwischen der natürlichen Thatsache und der Rechtsfolge bestehende Verhältniss nicht die natürliche Kausalität selbst, sondern eine vom Menschen ganz nach Analogie der natürlichen geschaffene eigene juristische Kausalität sei“. (S. 221.) Diesen Satz begründet er auf folgende Weise: „Jeder einzelne Rechtssatz behauptet eine Kausalverbindung zwischen gewissen Thatsachen und einem Sollen im Sinne eines Verpflichtetseins einer Person. Dies beweist sich dadurch, dass jeder Rechtssatz ein allgemeines hypothetisches Urteil ist. Jeder Rechtssatz lautet: „Wenn so sollst Du“. Man hat für dieses: „so sollst Du“ nun neuerdings Eigenschaft und Namen eines Imperativs in Anspruch genommen. Dadurch ist man notwendig zu Fehlschlüssen gelangt, denn bei einem Imperativ könnte freilich von einem Kausalverhältniss nie die Rede sein. Der wahre Imperativ enthält ein „individuelles und unübertragbares Moment“, ist kein

Urteil und gehört deshalb gar nicht in die Logik
Rechtsnormen nun können ihrem Wesen nach niemals Imperative sein, schon um deshalb nicht, weil sie allgemein gelten wollen. Nur ein zufälliges Zusammentreffen im Sprachgebrauch konnte darüber täuschen, dass die Rechtsnorm stets ein Urteil, nie ein Imperativ ist. Man drückt nämlich den Imperativ (inkorrekt Weise) auch in der Form des Urteils aus. „Töte nicht“ ist ein Imperativ, „Du sollst nicht töten“ ist ein Urteil. Man kann sich von dem hier behaupteten Unterschied durch eine einfache Probe überzeugen. Man kann einem andern sagen: „Du sollst nicht“ und würde sehr missverstanden sein, wenn interpretiert würde: „Ich will, dass Du nicht“; im Gegenteil, ich will vielleicht gerade, dass der andere die Handlung begehe und teile ihm nur mit, dass er sie zu unterlassen verpflichtet sei. Wenn aber das: „Du sollst“ logisch stets als Urteil aufzufassen ist, dann kann und muss für den ganzen Rechtssatz die Eigenschaft eines hypothetischen Urteils in Anspruch genommen werden. Nun besteht jedes hypothetische Urteil darin, dass es zwischen Vordersatz (Wenn) und Nachsatz (So) das Verhältnis notwendiger Folge behauptet, das in dem Wenn-Satz ausgedrückte Urteil ist demnach Erkenntnisgrund für das „Du sollst“, für das Verpflichtetsein also, und damit schliessen wir, dass die Thatsache: „Wenn“ als Ursache des Verpflichtetseins gedacht werden muss
Fragt man endlich, woher wir diesen Kausalzusammenhang zwischen der Thatsache und dem „Du sollst“ kennen und woher er kommt, so antworten wir: Der Zusammenhang zwischen beiden ist gleichsam vor unseren Augen durch den Gesetzgeber selbst hergestellt worden. (SIGWART, Logik I. S. 379 ff. und 411).

Wir wollen nun auch diese Darstellung im einzelnen auf ihre Richtigkeit hin prüfen. Zunächst ist zu bemerken, dass die Behauptung ZITELMANN's, jeder Rechtssatz enthalte ein hypothetisches Urteil, falsch ist. Jede Rechtsnorm ist eine vom Staat aufgestellte Regel, nach welcher die einzelnen Individuen ihr Handeln einrichten sollen, sie enthält immer einen Befehl der Staatsgewalt an den menschlichen Willen, ist also kein Urteil, sondern ein Imperativ. Die einzige Eigentümlichkeit dieses Imperativs besteht darin, dass er in den meisten Fällen, wenn auch nicht immer, zugleich mit dem Befehl ein Uebel für den Fall der Uebertretung des Gesetzes androht. Genau genommen müsste jede Rechtsnorm folgendermassen lauten: „Du sollst das und das thun resp. nicht thun, für den Fall der Uebertretung dieses Ge- oder Verbots aber wird deine Handlung die und die Folge haben“. Nur der Kürze halber fasst man diese beiden Sätze weniger umständlich in den einen zusammen: „Wenn Du das und das thust, so . . .“. Diese Form eines hypothetischen Urteils darf uns aber nicht über den Inhalt der Rechtsnorm täuschen, sie bleibt trotzdem ein reiner Imperativ. Wir können uns davon auf eine einfache Weise überzeugen: Während es bei zahlreichen logischen Gebilden sich nur darum handelt, ob sie richtig und fehlerfrei seien, handelt es sich beim Urteil stets um Wahrheit. Darüber besteht seit Aristoteles in der Logik kein Zweifel mehr. Denn das Urteil giebt Antwort auf die Frage: Ist es wahr, dass zwischen zwei Erscheinungen eine Beziehung stattfindet oder nicht? Bei einem Rechtssatz aber können wir die Frage nach seiner inneren Wahrheit niemals aufwerfen. Hier können wir immer nur prüfen, ob er richtig und zweckentsprechend, nicht aber ob er wahr

sei. Wer dies dennoch thut, der legt, wie v. IHERING überzeugend nachgewiesen hat, an das Recht einen Massstab an, der für dasselbe nicht passt. „Wahrheit ist das Ziel der Erkenntnis, aber nicht das des Handelns“³²⁾.

Die gegen dieses Resultat von ZITELMANN geltend gemachten Gründe sind nicht stichhaltig. Zunächst ist es unberechtigt, wenn er sich auch hier wieder auf SIGWART beruft. SIGWART wirft in der angezogenen Stelle (Logik 1 § 51) die Frage auf, woher die allgemeinen Regeln, nach denen wir schliessen, kommen. Er beantwortet sie dahin: „Im Gebiete des menschlichen Wollens kann ein solcher allgemeiner Zusammenhang durch einen Willensakt festgestellt werden, und er gilt für jeden, der sich diesen Willensakt aneignet. Jedes Strafgesetz stellt eine Reihe solcher hypothetischer Urteile auf, in denen der Zusammenhang zwischen dem Begehen des Verbrechens und der Strafbarkeit ganz allgemein festgestellt ist, ohne Rücksicht auf bestimmte Individuen, in denen die Voraussetzung eintritt; sie stellen nur das Prädikat fest, das eine Folge haben soll, und so sind sie eine Basis des Schliessens für das praktische Denken, das feststellt, was zu geschehen hat.“ Wie aus den letzten Worten unzweideutig hervorgeht, hat SIGWART hier nicht das Strafgesetz, sowie es sich vom Standpunkt der gesetzgebenden Staatsgewalt aus darstellt, im Auge, sondern er betrachtet es vom Standpunkt des urteilenden Richters aus. Wenn dieser das Strafgesetz auf den einzelnen Fall anwenden will, so kann er dies allerdings nicht anders thun, als dass er sich den Imperativ in ein Urteil verwandelt. Aber diese in unserem Denken vorgenommene

³²⁾ v. IHERING, Zweck im Recht Bd. I, S. 435.

Umwandlung ändert an der Natur der Norm als solcher nichts, diese bleibt nach wie vor ein reiner Imperativ.

Ebensowenig ist die weitere Argumentation ZITELMANN's, dass die Rechtsnormen schon deshalb niemals Imperative sein können, weil sie allgemein gelten wollen, nicht stichhaltig. Diese Imperative haben lediglich darum allgemeine Gültigkeit, weil die befehlende Person eine solche ist, welche eben allen etwas zu befehlen hat, nämlich die souveräne Staatsgewalt.

Endlich ist es ganz verfehlt, wenn ZITELMANN das: „Du sollst nicht“ für ein Urteil und nicht für einen Imperativ hält und dies damit zu beweisen sucht, dass man einem andern sehr wohl sagen könne: „Du sollst nicht“ und doch sehr missverstanden sein würde, wenn er interpretierte: „Ich will, dass Du nicht“, während ich im Gegenteil vielleicht gerade wollen kann, dass er die Handlung begehe und ihm nur mitteile, dass er sie zu unterlassen verpflichtet sei. Der Trugschluss in dieser Ausführung ZITELMANN's liegt darin, dass er ein und dasselbe Wort: „Du sollst nicht“ zweimal in verschiedenen Bedeutungen nimmt; das erste Mal braucht er es vom Standpunkt des Befehlenden, das zweite Mal vom Standpunkt eines Dritten aus, welcher nur den Willen eines andern wiedergiebt. Selbstverständlich liegt in dem letzteren Falle ein Urteil vor. Wenn z. B. der Lehrer zu seinem Schüler sagt: „Du sollst nicht töten“ und ihm damit erklären will, dass dieser Satz sich schon in den zehn Geboten finde, und dass daher der Mord eine unsittliche Handlung sei, so ist das: „Du sollst nicht“ im Munde des Lehrers allerdings ein Urteil, im Sinne der Bibel aber ein Imperativ. Dabei macht es auch keinen Unterschied, ob der Befehlende seinen Willen in die Form

kleidet „Töte nicht“ oder „Du sollst nicht töten“. Beide Ausdrücke stellen ganz gleichmässig Imperative dar. In dem: „Du sollst nicht“ steckt dagegen dann immer ein Urteil, wenn der es Aussprechende damit sagen will, dass dieser Satz ein Gebot der Moral, des Rechts oder der Wunsch irgend eines Dritten sei.

Wir haben damit die von ZITELMANN zur Verteidigung seiner Behauptung, dass jeder Rechtssatz ein hypothetisches Urteil sei, geltend gemachten Gründe erschöpft. Als Resultat hat sich ergeben, dass die Rechtsnorm kein hypothetisches Urteil, sondern ein Imperativ ist. Damit werden aber auch alle von ZITELMANN daraus gezogenen Konsequenzen hinfällig, da bei einem Imperativ, wie er selber zugiebt, von einem Kausalverhältnis nie die Rede sein kann. Ausdrücklich sei nur noch hervorgehoben, dass die ZITELMANN'sche Theorie, von allen andern Irrtümern abgesehen, schon allein daran scheitern muss, dass sie uns schliesslich dazu führt, eine eigene juristische Kausalität anzunehmen. Dies ist, wie v. LISZT³³⁾ ganz richtig bemerkt, ein Begriff, welcher schon „den inneren Widerspruch in sich trägt, im besten Falle eine schlechte und irreleitende Analogie“.

Wir können hiermit diese Betrachtung schliessen.

Sie hatte den Zweck zu beweisen, dass es sowohl auf dem Gebiete des Strafrechts, als auf dem des Civilrechts gleich fehlerhaft ist und den Fundamentalsätzen der Logik widerspricht, wenn man die Kategorie der Kausalität, welche nur auf Erscheinungen der Sinnenwelt anwendbar ist, auf die aus diesen Erscheinungen durch Abstraktion

³³⁾ v. LISZT in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. VIII, S. 154. Vgl. auch die treffenden Ausführungen SCHLOSSMANN's in „Der Vertrag“ S. 17 und 18.

abgeleiteten juristischen Begriffe überträgt. Hieraus aber ergibt sich ohne weiteres der Irrtum in der BINDING'schen Schuldlehre.

Unter Schuld ist nicht, wie BINDING definiert, der Wille als Ursache der Rechtswidrigkeit zu verstehen, denn dieses Wort bezeichnet einen Begriff, unter welchen die juristische Wissenschaft einen bestimmten physischen Akt bringt, hat also überhaupt keine Ursache. Die Zurechnungslehre muss vielmehr von diesem physischen Akte selber, d. h. von dem Verbrechen in seiner Eigenschaft als Handlung, ausgehen.

Dieser Standpunkt ist von BERNER schon in seiner „Imputationslehre“ eingenommen und bis zur neuesten Auflage seines „Lehrbuchs des deutschen Strafrechts“ festgehalten worden³⁴⁾. Das zuerst genannte Buch beruht auf dem allein richtigen Gedanken, dass die Zurechnungslehre lediglich die Frage zu beantworten habe, ob eine wirkliche Handlung vorliege. Da nun aber unter Handlung die Vermittlung von Wille und That zu verstehen ist, so muss, wie BERNER daraus vollkommen zutreffend folgert, das Vorhandensein von Schuld angenommen werden, sobald das Geschehene gewollt gewesen ist. Wenn wir diesen Gedanken nun festhalten, so haben wir die richtige Lösung der Frage, mit welcher wir uns hier beschäftigen, ohne weiteres gewonnen. Geht man davon aus, dass das Verbrechen in erster Linie Handlung ist und dass es sich

³⁴⁾ BERNER, Imputationslehre Kapitel 1 und 2, § 3, sowie Lehrbuch, 15. Aufl., S. 112. Unter den Neueren ist es besonders v. LISZT, welcher diesen Gedanken energisch durchgeführt und demgemäss den Handlungsbegriff zum Ausgangspunkt seines gesamten strafrechtlichen Systems gemacht hat. Vgl. darüber dessen Lehrbuch 3. Aufl., S. 114 ff., ferner Zeitschrift Bd. VI, S. 686 ff. und Bd. VIII, S. 153 ff.

nur in der begrifflichen Abstraktion der Rechtswissenschaft als Normverletzung darstellt, so liegt kein Anlass mehr vor, in der Kenntnis des Gesetzes die notwendige Voraussetzung des rechtswidrigen Willens zu erblicken. Dazu ist man nur solange gezwungen, als man die Schuld irrigerweise statt auf den Erfolg der Handlung, auf die Uebertretung der Norm bezieht. Wir werden es von unserem Standpunkt aus als zur Annahme der Schuld völlig ausreichend anzusehen haben, wenn der Thäter mit Wissen und Wollen den vom Recht verbotenen Erfolg verwirklicht hat. Die Frage dagegen, ob er die von ihm begangene That für strafbar oder für erlaubt gehalten habe, gehört, wie BERNER mit vollem Recht bemerkt, gar nicht in die Lehre von der Zurechnung, sondern in die von der Strafbarkeit ³⁵⁾.

Der endlich hiergegen von BINDING erhobene Einwand, dass Kenntnis von Dasein und Inhalt der übertretenen Norm schon deshalb als eine unerlässliche Voraussetzung der Schuld betrachtet werden müsse, weil es unmöglich sei, ohne diese Kenntnis der vom Recht gegen seine Gebote verlangten Gehorsamspflicht zu genügen, vermag das gewonnene Ergebnis nicht zu erschüttern. Der Gesetzgeber beseitigt diese Unmöglichkeit eben durch den Akt der Publikation, welche den Unterthanen Gelegenheit geben soll, sich mit dem Inhalt des Gesetzes bekannt zu machen. Damit dies um so leichter geschehen könne, pflegt der Gesetzgeber seinen Willen nicht sofort mit der Publikation in Wirksamkeit treten zu lassen, sondern er gewährt darüber hinaus noch eine Frist zur

³⁵⁾ BERNER, Imputationslehre 2. Kapitel, § 3. Die von BINDING gegen BERNER erhobenen Einwände (Normen II, S. 165 ff.) sind in keiner Weise stichhaltig.

Kenntnisnahme. Ist diese aber einmal abgelaufen und das Gesetz in Kraft getreten, dann setzt sich ein jeder, welcher gegen dasselbe handelt, mit dem Bestand der rechtlichen Ordnung absolut und schlechthin in Widerspruch, mag er gewusst haben, dass seine That unter ein Verbotsgesetz falle oder nicht. Würde auch jetzt noch die Anwendung des Gesetzes von der Zufälligkeit der Kenntnisnahme durch die einzelnen Individuen abhängen, so wäre nicht einzusehen, welchen Sinn die von dem Zeitpunkt der Publikation bis zum Inkrafttreten des Gesetzes gewährte Frist zur Kenntnisnahme haben sollte.

Was endlich die BINDING'sche Unterscheidung von Vorsatz und Fahrlässigkeit auf Grundlage des den schuldhaften Willen begleitenden Bewusstseins anbelangt, so beruht diese auf der unrichtigen, im § 1 bereits widerlegten Trennung von Wille und Vorstellung. Ganz ebenso, wie die vorsätzliche Handlung, so gründet sich auch die fahrlässige auf einem bewussten Willen. Sie unterscheidet sich nur dadurch von jener, dass bei ihr in Bezug auf den Erfolg der Handlung ein bei gehöriger Aufmerksamkeit vermeidlich gewesener Irrtum obwaltet.

Die gegen BINDING sprechenden Gründe sind noch einmal kurz rekapituliert, folgende:

1) Die Unterscheidung zwischen Norm und Strafgesetz ist in vielen Fällen nicht zutreffend und daher eine einheitliche Durchführung derselben für das gesamte Strafrecht nicht möglich.

2) Das von ihm als Voraussetzung der Schuld betrachtete Bewusstsein der Normwidrigkeit kann aus dem Begriff des rechtswidrigen Willens nicht hergeleitet werden.

3) Seiner Definition von der Fahrlässigkeit liegt die

unrichtige Annahme eines von der Vorstellung des Wollenden unabhängigen Willens zugrunde ³⁶⁾).

Nach dieser genauen Besprechung der BINDING'schen Ausführungen braucht auf die übrigen Gegner der hier vertretenen Auffassung nur ganz kurz eingegangen zu werden. Unter ihnen allen herrscht darüber Einstimmigkeit, dass die fehlende Kenntnis von dem rechtlichen Charakter der Handlung die Schuld und mit ihr die Strafbarkeit ausschliesse. Nur in der Frage, welcher Grad dieser Kenntnis zu fordern sei, variieren sie. Sie alle gehen also von einem unrichtigen Ausgangspunkt aus und müssen daher notwendig zu falschen Resultaten kommen, mag man wie GESSLER ³⁷⁾ das Bewusstsein der Strafwürdigkeit, oder wie HEINZE ³⁸⁾ und HÄLSCHNER ³⁹⁾ das der Pflichtwidrigkeit, oder wie OSENBRÜGGEN ⁴⁰⁾ und BURI ⁴¹⁾ das der Rechtswidrigkeit, oder endlich wie ORTMANN ⁴²⁾ das der Strafbarkeit für erforderlich erachten — überall kehrt derselbe Fehler wieder ⁴³⁾. — Von diesen verschiedenen Meinungen dürfte die ORTMANN'sche noch als die relativ beste zu bezeichnen sein, sie hat wenigstens den andern gegenüber den Vorzug der Klarheit und Bestimmtheit. Wenn ein Gesetz unumwunden die Kenntnis des verletzten Strafgesetzes zur Voraussetzung

³⁶⁾ Noch andere Gründe gegen BINDING siehe bei v. LISZT, a. a. O. S. 168, Anm. 7 unter Nr. 2 und 3.

³⁷⁾ GESSLER, Gerichtssaal X, S. 217 ff.

³⁸⁾ HEINZE, ebenda XIX, S. 397 ff.

³⁹⁾ HÄLSCHNER, System § 114.

⁴⁰⁾ OSENBRÜGGEN, Abhandlungen Bd. I, § 6.

⁴¹⁾ BURI, Die Kausalität S. 35—39.

⁴²⁾ ORTMANN, Gerichtssaal Bd. XXIX, S. 241; ebenda Bd. XXX, S. 31 und S. 344.

⁴³⁾ Auch OLSHAUSEN, auf welchen bei der Besprechung unseres Reichsstrafgesetzbuchs zurückzukommen ist, gehört hierher.

der Zurechnung macht, so hat der Richter damit einen ganz festen Massstab in der Hand, welchen er seiner Entscheidung zugrunde legen kann. Dies ist aber bei den übrigen der genannten Theorieen nicht der Fall. Insbesondere ist der Begriff der „Pflichtwidrigkeit“, welcher im wesentlichen mit dem GESSLER'schen der Strafwürdigkeit identisch ist, viel zu unbestimmt, um für irgend ein positives Recht brauchbar zu sein. Es giebt keine feste Norm, nach welcher entschieden werden kann, was der Pflicht entspricht oder nicht, vielmehr sind die Ansichten im Leben darüber sehr geteilte. Der gebildete Mensch wird häufig eine Handlung für pflichtwidrig ansehen, die ein anderer, weniger gebildeter, durchaus noch nicht als eine solche zu erkennen vermag, und selbst unter denjenigen, welche auf derselben Bildungsstufe stehen, sind die Ansichten über das, was in einem gegebenen Falle Pflicht ist, oft sehr schwankend, besonders wenn, woran LUCAS ⁴⁴⁾ mit Recht erinnert, ein sogenannter Konflikt der Pflichten vorliegt.

Hieraus aber folgt, dass die Aufnahme des Bewusstseins der Pflichtwidrigkeit in die Definition der Schuld zu den bedenklichsten Rechtsunsicherheiten führen müsste. An Stelle ein für alle Mal feststehender Prinzipien, worauf es gerade im Strafrecht in erster Linie ankommt, tritt die subjektive Ansicht des Richters, an Stelle des festen Bodens des Rechts das schwankende Gebiet der Moral.

Die Anhänger der am Anfang dieses Paragraphen erwähnten zweiten Gruppe stimmen mit denen der ersteren in der Ansicht, dass zum schuldhaften Willen das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit gehöre, überein, nur wollen sie dieses Bewusstsein als ein bei jedem zurechnungsfähigen

⁴⁴⁾ LUCAS, Die subjektive Verschuldung S. 83.

Individuum ganz selbstverständlich vorhandenes stets präsumieren.

Der bedeutendste Vertreter dieser Theorie, FEUERBACH, sagt in seinem Lehrbuch des peinlichen Rechts (14. Auflage § 86): „Von jeder mit Verstand begabten Person wird im allgemeinen als rechtlich gewiss angenommen, dass sie mit den Strafgesetzen bekannt sei. Mithin ist die Zurechnungsfähigkeit (man lese dafür gemäss § 85 l. c. das Bekanntsein des Thäters mit der bürgerlichen Strafbarkeit der Handlung) als Regel anzunehmen und eine Person für zurechnungsfähig zu halten, so lange nicht aus besonderen Thatsachen sich das Gegenteil ergibt.“ Ueber die Unzulässigkeit dieser *praesumptio doli* herrscht jetzt wohl in der Strafrechtswissenschaft kein Zweifel mehr, so dass eine eingehendere Widerlegung derselben nicht erforderlich ist. Im Strafprozess muss nach der heute allgemein und unbestritten in Wissenschaft und Gesetzgebung herrschenden Ansicht die objektive, materielle Wahrheit ermittelt werden, daher ist hier eine jede Präsumtion unzulässig. Sofern man also einmal das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit für ein Begriffsmerkmal des rechtswidrigen Willens erachtet, darf man dies niemals vermuten, sondern es muss dem Angeklagten, so oft er das in Rede stehende Strafgesetz gekannt zu haben bestreitet, jedesmal der Nachweis dieser Kenntniss erbracht werden. Gelingt dies nicht, so ist er freizusprechen ⁴⁵⁾. DALKE ⁴⁶⁾ sucht die *praesumptio doli* durch die Behauptung zu rechtfertigen, dass jeder zurechnungsfähige Mensch,

⁴⁵⁾ Dies nimmt in der That auch und zwar von seinem Standpunkt aus ganz folgerichtig OETKER, „Ueber den Einfluss des Rechtsirrtums“ an (§ 24).

⁴⁶⁾ DALKE, a. a. O. S. 63—72.

auch ohne dass er gerade das übertretene Strafgesetz kenne, dennoch den kriminellen Charakter einer Handlung einsehen müsse, weil das Strafrecht nicht den Zweck habe, erst zu bestimmen, welche Handlungen Verbrechen seien, sondern weil es nur den allgemeinen Willen in einer bestimmten Form zum Ausdruck bringe. Diese Annahme trifft jedoch sicherlich für die leichteren Straftaten, die Uebertretungen, oft nicht zu und selbst was Vergehen und sogar Verbrechen anbelangt, so kann es sehr wohl vorkommen, dass der Staat eine Handlung mit schwerer Strafe zu belegen gezwungen ist, welche die allgemeine Anschauung nicht für verwerflich erachtet. Ganz richtig bemerkt BERNER⁴⁷⁾: „Durch die Diskrepanz zwischen der Geschichte und der Idee des Rechts ist es erklärlich, dass es auch Gesetze giebt, die nur positiv sind. Da nun allein die Idee im Menschen sich zum Bewusstsein bringt, so hängt es von zufälligen Umständen ab, ob er die nur positiven Gesetze erfahre.“ In solchen Fällen aber das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit zu präsumieren, heisst eine der wichtigsten Regeln des Strafrechts ausser Acht lassen.

Die FEUERBACH'sche Theorie fügt also zu dem einen Fehler, dass sie ein ungehöriges Merkmal in den Begriff des schuldhaften Willens aufnimmt, noch einen zweiten, den der unzulässigen Präsumtion, hinzu.

§ 5.

Die Nichtberücksichtigung des Rechtsirrtums, ein dringendes Erfordernis der Rechtssicherheit.

Als Ergebnis des vorigen Paragraphen haben wir gefunden: Das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit ist kein

⁴⁷⁾ BERNER, Imputationslehre 2. Kapitel, § 3.

Begriffsmerkmal des rechtswidrigen Willens, oder anders ausgedrückt: Die Kenntnis des strafrechtlichen Verbots ist für die Zurechnungsfrage vollkommen gleichgültig. Etwas weiteres als dies ist bisher nicht bewiesen, es ist also nur das negative Resultat festgestellt, dass wir aus dem Begriff des schuldhaften Willens auf unsere Frage eine Antwort nicht geben können. Woraus, so müssen wir jetzt zunächst fragen, haben wir nun aber diese zu entnehmen, wonach haben wir mithin positiv zu entscheiden, welcher Einfluss der Unkenntnis des Gesetzes auf die Strafbarkeit einer Handlung gebührt? Zu dem Zwecke sei hier noch einmal an die im § 2 gegebene Definition des Verbrechens erinnert. Dort ist Verbrechen als der nur durch Strafe vom Staat abzuwehrende Angriff auf die wichtigsten Lebensinteressen der Gesellschaft bezeichnet und zugleich hervorgehoben worden, dass mit dem Wechsel dieser Lebensinteressen notwendig auch das Ausdehnungsgebiet des Verbrechens wechseln muss. Diese lange verkannte Wahrheit wird wohl heute, nachdem man einmal die soziale Funktion der Strafe begriffen hat, kaum mehr bestritten.

Das Strafrecht ist eine im höchsten Grade praktische Wissenschaft, es existiert nicht um seiner selbst willen, — in einem Idealstaate wäre für dasselbe überhaupt kein Raum, dort würde es eine unnötige Grausamkeit sein, — sondern es hat lediglich den einen Zweck, das Zusammenleben von Menschen in einem geordneten Staatswesen möglich zu machen. Soll aber dieser Zweck erreicht werden, so muss sich das Strafrecht stets und überall im Einklang mit den Verhältnissen des wirklichen Lebens zu setzen suchen⁴⁸⁾. Demgemäss haben wir bei Prüfung

⁴⁸⁾ Vergl. dazu in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechts-

einer jeden einzelnen dem Strafrecht angehörigen Bestimmung zu fragen, ob sie den Zweck, die Gesellschaft zu schützen, in möglichst vollkommener Weise erreicht, wenn nicht, so ist sie durch eine andere bessere zu ersetzen.

Dieser Standpunkt ist es nun auch, welcher für die vorliegende Frage allein zum Ausgangspunkt gewählt werden darf. Wir haben zu untersuchen: Erfordert es der Schutz der Gesellschaft, dass die Strafgesetze auch auf diejenigen angewendet werden, welcher dieselben nicht gekannt hat, oder kann die Rechtsordnung auch dann aufrecht erhalten werden, wenn die Unkenntnis des Rechts von Strafe befreit? Ist letzteres möglich, dann muss der Gesetzgeber bei Unbekanntschaft mit dem Gesetz unbedingt die Strafe ausschliessen, denn eine möglichst sparsame Anwendung derselben muss, wie bereits bemerkt ist, gerade vom Zweckmässigkeitsstandpunkt aus besonders energisch betont werden.

Auch ist nicht zu verkennen, dass eine gewisse Härte darin liegt, denjenigen zu bestrafen, welcher sich der Rechtswidrigkeit seines Thuns nicht bewusst gewesen ist. Diese Härte kann nur damit entschuldigt werden, dass das Wohl der Gesellschaft sie unumgänglich erheischt, dass sie erforderlich ist, um grössere Nachteile zu verhüten. Kann dies aber nachgewiesen werden, dann ist jene Strenge nicht bloss entschuldigt, sondern auch vollkommen gerechtfertigt, denn der einzelne muss stets diejenigen Opfer bringen, welche von ihm aus Rücksicht auf die Gesamtheit verlangt werden.

Im Beginn jeder Rechtsentwicklung, d. h. zur Zeit der ausschliesslichen Herrschaft des Gewohnheitsrechts,

wissenschaft den Aufsatz von LISZT. „Rechtsgut und Handlungsbegriff im BINDING'schen Handbuche“ Bd. VI, S. 667—669.

ist die Ausführung einer strafbaren Handlung ohne das gleichzeitige Bewusstsein der Rechtsverletzung nicht denkbar. Die verhältnismässig geringe Anzahl Normen, ohne welche eine gesellschaftliche Ordnung nicht bestehen kann, wird von allen Volksgenossen gekannt, das Recht lebt in der Anschauung aller und ist nichts von ihr getrenntes. Dieser primitive Zustand ändert sich aber im Laufe der Zeit. Mit dem Steigen der Kultur tritt an Stelle des ungeschriebenen Gewohnheitsrechtes das geschriebene Gesetzesrecht, welches nicht mehr in dem allgemeinen Rechtsgefühl, sondern in dem Befehl der Obrigkeit seine Quelle hat. Auf dieser Stufe kann es nun sehr leicht vorkommen, dass nicht mehr ein jedes Gesetz jedem einzelnen bekannt ist, sondern ihm als etwas Fremdes gegenübertritt. Dann aber ist die Staatsgewalt gezwungen, nunmehr ihrerseits zu der Frage der Rechtsunkenntnis Stellung zu nehmen, sie muss sich darüber klar werden, ob sie ihre Strafgesetze auch auf diejenigen, welcher sie nicht gekannt hat, anwenden will.

Gesetzt nun, sie thäte letzteres nicht, so würde sie ihre Unterthanen mit sehr ungleichem Mass messen. Der vorsichtige, kluge Mann, welcher die Tragweite seiner Handlungen vorher überlegt und nichts thut, ohne sich über den rechtlichen Charakter derselben vergewissert zu haben, würde im argen Nachteil gegenüber dem Leichtsinrigen, Denkfaulen sein, welcher sich um die Rechtmässigkeit seines Thuns zu bekümmern nicht der Mühe für wert erachtet. Man denke sich den Fall, dass beide dasselbe Verbrechen begehen, was würde die Folge sein? Beide setzen sich in gleicher Weise in Widerspruch mit dem, was das Gesetz befiehlt. Der eine muss demgemäss das seiner That entsprechende Uebel auf sich nehmen,

der andere dagegen, welcher sich von dem ersteren im wesentlichen nur dadurch unterscheidet, dass er überdies noch eine der wichtigsten Bürgerpflichten, sich um die Gesetze seines Landes zu bekümmern, vernachlässigt hat, geht frei aus. Er findet in der Strafflosigkeit die Belohnung für seinen Leichtsinns. Das allgemeine Rechtsgefühl muss naturgemäss durch eine so ungleiche Behandlung gleich Schuldiger schwer erschüttert werden. Das höchste Ziel der Gerechtigkeit ist die Gleichheit, d. h. „das Gleichgewicht zwischen Verdienst und Lohn, zwischen Strafe und Schuld“ herzustellen⁴⁹⁾. Davon aber kann bei einer Rechtsauffassung, welche wie die eben erwähnte gleich Schuldige so verschieden behandelt, dass sie den einen mit der ganzen Strenge des Gesetzes bestraft, den anderen dagegen gänzlich strafflos ausgehen lässt, keine Rede sein.

Wie sehr aber das Wohl der Gesellschaft unter einer solchen Vernachlässigung von Recht und Gerechtigkeit notwendiger Weise leiden muss, ist von vornherein so in die Augen fallend, dass eine weitere Ausführung nicht erforderlich ist.

Zu dieser mehr indirekten Schädigung des Staatswohls kommt eine weitere direkte hinzu. Es ist wiederholt hervorgehoben worden, dass die Strafe nur da eintreten hat, wo die durch das Civilrecht oder die Sitte aufgestellten Normen nicht ausreichen. Nur die wichtigsten Güter der Gesellschaft, nur die höchsten Interessen der Gesamtheit werden durch die Strafe geschützt. Auf diesem Umstand beruht die ausschliesslich publizistische Natur des Strafrechts, sowie der absolute Charakter seiner Normen. Diese müssen, wenn einmal vom Gesetz-

⁴⁹⁾ v. IHERING, Zweck im Recht 2. Aufl., Bd. I, S. 365 ff.

geber aufgestellt, in allen Fällen, in welchen ihre Voraussetzungen vorliegen, unbedingt zur Anwendung kommen. Weder der Verletzte, noch die Staatsgewalt dürfen die Verfolgung der einmal durch das Gesetz für strafbar erklärten Handlungen verhindern. Auch in unserer Reichsstrafprozessordnung hat dieser Grundsatz — das sogenannte Legalitätsprinzip — ausdrückliche Anerkennung gefunden. Der § 152 Absatz 2 verordnet: „Die Staatsanwaltschaft ist, soweit nicht gesetzlich ein anderes bestimmt ist, verpflichtet, wegen aller gerichtlich strafbaren und verfolgbaren Handlungen einzuschreiten, sofern zureichende thatsächliche Anhaltspunkte vorliegen.“ In diesen Worten ist ausgesprochen, dass das Gesetz es für eine unbedingte Pflicht der genannten Behörde erachtet, für die Verfolgung aller strafbaren Handlungen, unbeirrt um etwa entgegenstehende Erwägungen der Billigkeit und Zweckmässigkeit, Sorge zu tragen. Der mit diesem Prinzip den wichtigsten Lebensbedingungen der Gesellschaft gewährte absolute Schutz würde aber dann wieder vollkommen illusorisch werden, wenn der Staat das Eingreifen seiner Strafthätigkeit im einzelnen Fall davon abhängig machen würde, ob der Thäter das übertretene Gesetz zufälliger Weise gekannt habe oder nicht. Es hiesse dies, die Interessen aller aufs Spiel setzen, um den Verbrecher zu schonen. Der Staat, welcher aus falsch verstandener Humanität eine solche Bestimmung träfe, würde aber damit nicht nur die Interessen seiner Unterthanen preisgeben, sondern auch seine eigenen Existenzbedingungen in Frage stellen. Denn nunmehr hat die gesetzgebende Gewalt es nicht mehr in ihrer Hand zu bestimmen, wie weit sie ihre Strafthätigkeit ausdehnen will, sondern jedem einzelnen ist die Möglichkeit gegeben, sie darin zu kreuzen.

„Der Staat“, sagt LUCAS⁵⁰⁾, „der das Schwert der Gerechtigkeit vor den Verirrungen des Rechtsgefühls in die Scheide stecken wollte, würde selbst auf seine Existenzberechtigung verzichtet haben. Er würde damit den Leichtsinnigen, Schwärmern, Fanatikern und unklaren Köpfen einen Freibrief ausgestellt haben, durch Uebertretung gewisser seiner Gesetze an seinen Grundvesten zu rütteln.“ Das, was LUCAS hier von den Thoren, deren Rechtsunkenntnis auf ihre mangelhaften geistigen Fähigkeiten zurückzuführen ist, aussagt, gilt in noch viel höherem Grade von jenen schlaunen Verächtern aller Sittlichkeit, welche sich zu jeder Schandthat bereit finden lassen, wenn sie dieselbe nicht gerade mit dem strafenden Arm der Gerechtigkeit in Konflikt bringt. Würden diese nicht, soweit es irgend angeht, alles zu vermeiden suchen, was ihre Bekanntschaft mit den Gesetzen zu vermitteln geeignet wäre? Und diesen gefährlichen Feinden aller gesellschaftlichen Ordnung sollte die Staatsgewalt vollkommen machtlos gegenüberstehen müssen?

„Machtlosigkeit, Ohnmacht der Staatsgewalt ist“, wie VON IHERING treffend sagt, „die Todsünde des Staats, von der es für ihn keine Absolution giebt, diejenige, welche die Gesellschaft weder verzeiht noch erträgt, es ist ein Widerspruch in sich selbst, eine Staatsgewalt ohne Gewalt“ (Zweck im Recht, Bd. I S. 312).

Weiss dagegen der einzelne, dass seine Rechtsansichten keinen Einfluss auf die gegen ihn etwa in Anwendung

⁵⁰⁾ LUCAS, a. a. O. § 15, S. 80; vgl. auch v. BÄR im Gerichtssaal Bd. XXXVIII, S. 252. Treffend sagt auch WINDSCHEID (Die Aufgaben der Rechtswissenschaft, Rektoratsrede, 1884, S. 7): „Recht ist nicht, was ich für Recht halte, sondern Recht ist nur, was die Gemeinschaft, zu welcher ich gehöre, als Recht erkannt und, weil sie es erkannt hat, als Recht ausgesprochen hat.“

kommende Strafe ausüben, so wird er es sich in seinem eigenen Interesse angelegen sein lassen, sich mit den Gesetzen seines Landes gründlichst vertraut zu machen. Ein jeder, welcher irgend einen bürgerlichen Beruf ergreifen, ein Gewerbe betreiben, ein Handelsgeschäft errichten, in eine Staatsstellung treten will u. s. f., wird sich dann in erster Linie darüber zu informieren suchen, ob und durch welche Strafbestimmungen die betreffenden Lebensverhältnisse geschützt sind. Wie wichtig und wie zahlreich aber gerade die hier in Betracht kommenden, nicht schon jedermann von selbst bekannten Normen sind, wird an einer späteren Stelle erörtert werden. Hier genügt es hervorzuheben, dass die Wirkung, welche der Gesetzgeber mit dem Akt der Publikation herbeiführen will, nämlich den Unterthanen die Kenntniss von den Gesetzen zu verschaffen, nur dann mit Sicherheit erreicht werden kann, wenn denselben eine unbedingt verpflichtende Kraft verliehen wird.

Mit dem Ausgeführten steht ein anderer mehr die ethische Seite im Recht betreffender Punkt im Zusammenhang. Ein Recht, welches die ihm gestellte hohe Aufgabe richtig erfasst, ist ein wirksames Mittel, um selbständige Charaktere zu erzeugen und kräftige Individualitäten heranzubilden. Dieser Satz scheint auf den ersten Blick paradox zu sein, da das Recht selbst sich erst als eine Folge des Volkscharakters darstellt und also nicht auch die Voraussetzung desselben sein kann. Dies ist gewiss zuzugeben, allein dabei darf nicht übersehen werden, dass alle öffentlichen Einrichtungen auf den Geist der Nation, aus welchem sie hervorgegangen sind, ihrerseits wiederum zurückwirken, dass sie im Stande sind, die in ihm ruhenden Kräfte zu wecken oder auch zu unterdrücken. Gerade das Mustervolk des Rechts, die

Römer, bieten uns nach dieser Richtung hin das glänzendste Beispiel dar. In seinem „Geist des römischen Rechts“ hat IHERING⁵¹⁾ in scharfsinniger Weise nachgewiesen, wie das römische Recht „indem es das Eisen im Charakter und die Selbständigkeit in der Ansicht zu Postulaten des praktischen Lebens erhob, der Fortdauer dieser Eigenschaften im römischen Volk wesentlichen Vorschub geleistet hat“. Wer diese im Recht liegende Erziehungskraft anerkennt, der wird gewiss nicht wünschen können, dass der Gesetzgeber aus übertriebener Milde die Unkenntnis der Gesetze als allgemeinen Strafausschliessungsgrund aufstelle, da er damit notwendiger Weise die Nachlässigkeit, Trägheit und Unselbständigkeit im Volkscharakter grossziehen muss.

Sehen wir aber nun einmal von allen diesen der gegnerischen Auffassung entgegenstehenden Bedenken ab, so muss diese schon aus dem Grunde verworfen werden, weil ihre praktische Durchführung ohne offenbare Inkonssequenzen nicht möglich ist. Ebensowenig wie derjenige, welcher das von ihm übertretene Gesetz niemals kennen gelernt hat, ist sich derjenige, welchem das einmal bekannt gewesene zur Zeit der That aus dem Gedächtnis entschwunden ist, der Rechtswidrigkeit seiner Handlungsweise bewusst. Dieser letztere Fall kann sich aus den verschiedensten Gründen ereignen. Beispielsweise kann der Thäter den Inhalt des von ihm früher nur flüchtig gelesenen Gesetzes vergessen haben und deshalb seine That für eine vollkommen rechtmässige erachten, oder noch viel häufiger wird es vorkommen, dass er über den rechtlichen Charakter seiner Handlung im Momente der That überhaupt nicht nachdenkt, sei es, dass die in seinem

⁵¹⁾ V. IHERING, a. a. O. Bd. II, Teil I, S. 303—306.

Bewusstsein auftretenden, ihn zum Verbrechen treibenden Motive so mächtige sind, dass seine Leidenschaft es zu einer besonnenen Abwägung derselben gar nicht kommen lässt, sei es, dass die Handlung zu unbedeutend ist, um überhaupt eine genauere Prüfung hinsichtlich ihres rechtlichen Charakters zu veranlassen, sei es endlich, dass in dem Thäter, wie es bei dem Gewohnheitsverbrecher meistens der Fall ist, bereits jedes Gefühl für Recht und Ordnung erstickt ist. Alle diese Fälle kommen im Leben häufig genug vor. HEINZE⁵²⁾ bemerkt ganz richtig: „Wenn der Handelnde sich des Strafgesetzes erinnert, so bedarf es dabei schon des Hinausblickens über den inneren Wert der Handlung selbst, des Ablenkens der Aufmerksamkeit von den in der Form des Motivs eintretenden Folgen derselben, um die Vorstellung der Strafbarkeit oder Strafwürdigkeit wachzurufen“.

In allen den angegebenen Fällen ist sich also der Thäter der Rechtswidrigkeit seines Thuns zur Zeit der That nicht bewusst, und demgemäss müsste folgerichtig von denen, welche dieses Merkmal unbedingt zur Strafbarkeit verlangen, hier überall die Strafbarkeit ausgeschlossen werden, eine namentlich bezüglich des Gewohnheitsverbrechers so ungeheuerliche Konsequenz, dass wohl niemand sie zu ziehen wagen wird. Selbst der sonst in der Durchführung seiner Theorie durchaus konsequente BINDING ist an dieser Klippe gescheitert. Er sagt wörtlich⁵³⁾: „Eine absichtliche und bewusste Subsumtions-thätigkeit, welche des klar erfassten Gegensatzes zwischen einem scharf formulierten Rechtssatze einerseits und der Handlung eines Individuums andererseits stets eingedenk

⁵²⁾ HEINZE, Gerichtssaal, 19. Jahrgang, S. 397 ff.

⁵³⁾ BINDING, a. a. O. II, S. 404.

bleibt, darf man vom vorsätzlich Handelnden gerade nicht verlangen, er kann sie vornehmen, er braucht es aber nicht. Häufiger wird er sich den Rechtssatz, den zu übertreten er plant, gar nicht formulieren und gerade deshalb zu einer solchen bewussten Subsumtion nicht gelangen können“. Mit diesen Worten giebt BINDING selbst das von ihm verlangte Bewusstsein der Normwidrigkeit wieder auf.

Vergegenwärtigen wir uns endlich, wie sich die praktische Behandlung des Einwands der Rechtsunkenntnis im Prozess stellen würde. Im § 4 ist bereits betont worden, dass die Anklagebehörde, sofern man einmal das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit für ein Begriffsmerkmal des rechtswidrigen Willens erklärt, dem Angeklagten, welcher das in Rede stehende Gesetz gekannt zu haben bestreitet, jedesmal den Beweis der Rechtskenntnis erbringen müsste, da im Strafprozess jede Präsumtion unzulässig ist. Wie viel Schuldige aber damit sich dem strafenden Arm der Gerechtigkeit mit Erfolg entziehen würden, leuchtet von selbst ein. In zahlreichen Fällen, bei den Polizeiübertretungen fast immer, wird es unmöglich sein, dem Angeklagten den positiven Beweis zu erbringen, dass er das Gesetz gekannt habe, und der gewissenhafte Richter ist dann gezwungen, freizusprechen.

Endlich bleibt nur noch übrig, die gegen die vertretene Auffassung erhobenen Einwendungen etwas näher ins Auge zu fassen.

Es kommen namentlich zwei in Betracht.

In einer Polemik gegen LISZT führt BURI⁵⁴⁾ folgendes aus: „LISZT weist das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit als Erfordernis für die Strafbarkeit zurück, weil sich der

⁵⁴⁾ BURI, Die Kausalität S. 35—39.

Vorsatz nur auf die Vorstellung der Kausalität der Handlung, nicht aber auf ihre juristische Qualifikation beziehe. Wenn es aber lediglich die Vorstellung der Kausalität der Handlung ist, welche die Haftbarkeit für den Erfolg nach sich zieht, so darf er auch nicht zwischen Zurechnungsfähigen und Unzurechnungsfähigen, Vorbedacht und Affekt, sowie zwischen der grösseren und geringeren Intensität des Willens bei der Strafzumessung unterscheiden. Denn in allen diesen Fällen kann die Vorstellung der Kausalität die nämliche gewesen sein⁵⁵⁾. Diese Ausführung zeigt deutlich, zu welcher ununterbrochenen Kette von Irrtümern die Bestimmung des Vorsatzes als des „bewusst rechtswidrigen Willens“ führt. Allerdings ist es nur die Vorstellung von der Kausalität, welche die strafrechtliche Verantwortlichkeit begründet, aber eben diese ist beim Unzurechnungsfähigen, beim Kinde u. s. w. nicht oder wenigstens nicht in normaler Weise vorhanden. Diesen Personen fehlt gerade die Fähigkeit, sich eine klare, richtige und lückenlose Vorstellung von dem Kausalzusammenhang zwischen den Dingen zu machen, sie vermögen daher den Erfolg ihres Thuns nicht vorherzusehen und zu begreifen⁵⁶⁾, mithin kann dieses nicht als schuldhafte Handlung eines Menschen betrachtet werden und also auch nicht die Gegenwirkung des Rechts veranlassen. So wenig, wie ein vom Dach fallender Stein oder eine einen Menschen dahinraffende Krankheit einen Eingriff in die Rechtsordnung enthalten, so auch nicht eine von einem Unzurechnungsfähigen angerichtete Verletzung. Beide Fälle sind innerlich ganz

⁵⁵⁾ So auch BINDING a. a. O. II, S. 64.

⁵⁶⁾ Uebereinstimmend damit auch v. LISZT, § 35, Nr. II und BERNER, Lehrbuch § 74.

gleichartig, bei beiden haben wir es nur mit äusseren Ereignissen, nicht aber mit der Wirksamkeit bestimmt gearteter psychischer Faktoren zu thun. Also gerade das Moment, welches nach unserer Auffassung das Wesen des normalen Willens ausmacht, die klare Vorstellung von der durch die Handlung bewirkten Veränderung in der Aussenwelt, fehlt dem Unzurechnungsfähigen, in seinem Bewusstsein fallen ganze Reihen von Vorstellungen aus oder sind wenigstens nur lückenhaft verknüpft. Mithin ist es ein arges Missverständnis, wenn BINDING und BURI behaupten, dass diejenigen, welche von dem Bewusstsein der Rechtswidrigkeit absehen, auch die Unzurechnungsfähigen bestrafen müssten.

Endlich erübrigt noch ein zweiter Einwand der Besprechung. In zahlreichen Erörterungen unserer Frage wird dieser praktisch nur eine sehr geringe Bedeutung beigemessen, da die Strafgesetze angeblich einem jeden ganz von selbst bekannt sind. So sagt beispielsweise BINDING in dem zweiten Band seiner Normen (S. 66): „Unsere Vernunft legt uns vielfach nahe, dass bestimmte Handlungen mit den Interessen des Gemeinwesens unverträglich sind, dass sie somit nicht gestattet sein können. Das Recht aber, dessen Existenz wir nicht von selbst erkennen, weiss durch tausend Kanäle seinen Weg zu uns zu finden. Die Menschen, mit denen wir täglich verkehren, tragen uns die Kunde zu oder die Schriften, die wir lesen, oder Anschläge, die unsere Blicke auf sich ziehen. So atmet jeder die Kenntnis der wichtigsten Rechtspflichten mit der Luft ein, deren er bedarf: Der Fall kann vorkommen, aber er ist selten, dass Normen nicht zur Kenntnis derjenigen kommen, für die sie bestimmt sind. Die Berufung auf Unkenntnis ist also in den aller-

meisten Fällen eine plumpe, durchsichtige Lüge.“ Diese Stelle musste aus dem Grunde hier wörtlich mitgeteilt werden, weil die darin ausgedrückte Anschauung bei fast allen unseren Gegnern wiederkehrt ⁵⁷⁾, namentlich wäre auch die in § 4 besprochene Präsumtionstheorie ohne diese Annahme nicht möglich. Wir stehen hier also an der Quelle des Irrtums der Gegner. Sie nehmen fehlerhafterweise an, dass jeder Staatsbürger mit den Strafgesetzen in fast allen Fällen bekannt sei und täuschen sich dadurch über die Gefährlichkeit der Tragweite ihrer Theorie. Wir müssen daher auf dieses verhängnisvolle Missverständnis hier näher eingehen, um zu zeigen, auf welcher abschüssige Bahn uns dasselbe führt.

Dass die bei sämtlichen civilisierten Völkern zu allen Zeiten sich wiederholenden Strafgesetze, wie das Verbot des Mordes, des Diebstahls u. dgl. jedermann bekannt sind, bedarf nicht erst der Erwähnung. Allein während Normen dieser Art früher die einzigen auf dem Gebiete des Strafrechts waren, bilden sie heutzutage nur einen Bruchteil derselben. Die mit dem Steigen der Kultur sich fort und fort vermehrenden Lebensbedürfnisse des Individuums, wie der Gesamtheit, bringen es mit sich, dass die Kräfte der einzelnen zur Befriedigung derselben nicht mehr ausreichen, sie machen vielmehr ein Eingreifen und eine Mitwirkung der Staatsgewalt erforderlich. Bis zu welchem Grade diese Mitwirkung zu erfolgen habe, bildet bekanntlich eine der umstrittensten Fragen unserer Zeit. Während die eine, insbesondere von den Sozialisten vertretene, Anschauung alle für die Gesamtheit wichtigen Zwecke und Aufgaben vom Staat verwirklicht wissen will, vertritt die andere sogenannte liberale, von der natur-

⁵⁷⁾ Vgl. z. B. HÄLSCHNER, System § 114.

rechtlichen Schule des vorigen Jahrhunderts besonders lebhaft verteidigte, Richtung⁵⁸⁾ den Standpunkt, dass jede Einmischung des Staats, soweit irgend möglich, zu unterbleiben habe. Welches dieser beiden Systeme vorgezogen zu werden verdient, kommt an dieser Stelle selbstverständlich nicht in Frage. Hier soll nur das Eine hervorgehoben werden, dass der Zug der Gesetzgebung unzweifelhaft heute der ersteren Richtung folgt. Der Staat erachtet es in unserer Zeit für seine Aufgabe, nicht bloss negativ thätig zu werden, d. h. darüber zu wachen, dass sich die Freiheitssphären der verschiedenen Personen nicht in ihrer Wirksamkeit gegenseitig stören, sondern positiv Sittlichkeit und Wohlfahrt im Interesse aller zu verwirklichen, insbesondere auch die wirtschaftliche Lage der unbemittelten Klassen zu verbessern, um der sozialdemokratischen Agitation damit den Boden zu entziehen. Will der Staat aber diese ihm gestellten grossen Aufgaben wirksam erfüllen, so ist damit die Notwendigkeit für ihn gegeben, eine Vermehrung seiner Gesetze und insbesondere auch seiner Strafgesetze eintreten zu lassen, damit er eine Waffe gegen die ihn in diesen seinen Bestrebungen Kreuzenden in der Hand habe, und dieser Umstand wiederum hat die Folge, dass die von BERNER sogenannten positiven Strafgesetze, d. h. diejenigen, welche nicht schon in dem Gefühl jedes einzelnen wurzeln, sondern ihm unbekannt bleiben, sofern er nicht ausdrücklich sich darüber

⁵⁸⁾ Vgl. WILHELM V. HUMBOLDT, „Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen“, Breslau 1851 und besonders BUCKLE, „Geschichte der Civilisation in England“. Uebersetzt von RITTER. Bd. I, S. 191 ff. Ebenso kurz wie treffend wird das Wesen dieser beiden Systeme dargestellt von GIERKE, „Naturrecht und deutsches Recht“, Rektoratsrede 1883, S. 26 und 27.

Belehrung verschafft, an Zahl ausserordentlich zunehmen. Wir wollen diese Behauptung durch einige Beispiele belegen.

Der am Anfang der siebziger Jahre eingetretene Gründungsschwindel hat eine durchgreifende Reform unserer Aktiengesetzgebung veranlasst, welche in dem Bestreben wurzelt, alle bei der Gründung, Leitung und Beaufsichtigung eines Aktienunternehmens beteiligten Personen in verstärktem Masse für Missbräuche verantwortlich zu machen und eine wirksame Kontrolle über die Verwaltung zu gewähren. Um diesen Zweck zu erreichen, trifft die genannten Personen in sehr zahlreichen, speziell bestimmten Fällen wegen doloser oder kulposer Pflichtverletzung öffentliche Strafe. Eine Vergleichung der früheren Aktiengesetze mit der neuen Novelle ergiebt, dass diese Strafbestimmungen hier sehr vermehrt und verschärft worden sind.

Die Forderung, dass der Staat sich in den Handelsverkehr nicht einzumischen habe, sondern demselben absolute Freiheit gewähren müsse, hatte zur Folge, dass das Bundesgesetz vom 14. November 1867 fast alle Beschränkungen hinsichtlich der Höhe der Zinsen aufhob. Dieser Zustand erwies sich jedoch als unhaltbar, der Staat hatte kein Mittel in der Hand, um der rücksichtslosen Verfolgung egoistischer, niedriger Zwecke im wirtschaftlichen Leben entgegenzutreten. Infolge dessen sucht ein neueres Reichsgesetz, ohne ein gesetzliches Zinsmaximum aufzustellen, durch Festsetzung strenger Strafbestimmungen dem Wucher entgegenzutreten. Also auch hier wiederum eine Vermehrung der Strafgesetze!

Nur angedeutet zu werden brauchen die zahlreichen durch die Reichs-Gewerbe-Ordnung, namentlich in ihrer

neuesten Redaktion, trotz der prinzipiell anerkannten Gewerbefreiheit, aufgestellten Beschränkungen, welche ein ausserordentliches Anwachsen der Strafbestimmungen bewirkt haben. So hat der Missbrauch der den einzelnen Gewerben verliehenen Freiheit zur Folge gehabt, dass viele von ihnen unter verschärfte, im Notfall durch Strafe zu erzwingende Kontrolle gestellt worden sind (vgl. § 143 bis 153 der Reichs-Gewerbe-Ordnung). Auch die zahlreichen zum Schutz der Gesundheit und des Wohlergehens der Arbeiter erlassenen Gesetze sind hierher zu rechnen. Der Staat überlässt es nicht mehr dem schrankenlosen Belieben des Arbeitgebers, über die Beschäftigungsweise seiner Arbeiter zu disponieren, sondern er erachtet es für seine Aufgabe, denselben im Interesse der arbeitenden Klasse dabei zu kontrollieren und zu überwachen. Eine Folge dieses Prinzips sind die Beschränkungen in der Beschäftigung jugendlicher und weiblicher Arbeiter in Fabriken bezüglich der Dauer und Verteilung der Arbeitszeit, die Bestimmungen bezüglich der Sonntagsarbeit (§ 105 l. c.), ferner die Einführung der Arbeitsbücher, welche durch unzweideutige Feststellung des Vertragsverhältnisses die Rechte und Pflichten der Parteien gegen einseitige Willkürhandlungen der Beteiligten wirksamer schützen sollen, als dies bisher der Fall war, und manche anderen neuen Gesetze, welche sämtlich darin übereinstimmen, dass ihre Durchführung die Aufstellung neuer Strafbestimmungen notwendig machte.

Aber noch nach einer anderen Richtung haben die Interessen der Gesellschaft eine früher nicht annähernd in dem Masse erforderlich gewesene Ausdehnung der Strafgewalt des Staates notwendig gemacht. Das immer stärkere Umsichgreifen der sozialdemokratischen und anar-

chistischen Bewegung erforderte eine energische Abwehr von seiten des Staates. Dazu reichten aber nach Ansicht der gesetzgebenden Faktoren die bisher im deutschen Reich und in den Einzelstaaten geltenden Strafgesetze nicht aus, da diese, wie in der Begründung zu dem Gesetz „gegen die gemeingefährlichen Bestrebungen der Sozialdemokratie“ gesagt wird, „einen vorwiegend repressiven Charakter tragen, welche einzelne Rechtswidrigkeiten, nicht aber eine fortgesetzte staats- und gesellschaftsfeindliche Thätigkeit im Auge haben.“ Gegen sie bedarf es vielmehr, wie es weiter ebenda heisst, „eines Spezial-Gesetzes, welches das Vereins- und Versammlungsrecht, die Freiheit der Presse und des Gewerbebetriebes, sowie die Freizügigkeit, ausschliesslich den Bestrebungen der Socialdemokratie gegenüber, wirksamen Beschränkungen unterwirft.“ Aus dieser Erwägung heraus sind in dem letzten Jahrzehnt eine Reihe tief in das Volksleben einschneidender Gesetze ergangen, welche sich ausschliesslich auf die Abwehr jener revolutionären Bestrebungen richten und mit der Erreichung dieses Zieles ihre Bedeutung von selbst verlieren, bis dahin aber die öffentlichen Rechte und Freiheiten eines Teiles der Bevölkerung und nach manchen Richtungen hin sogar aller mit wesentlichen Einschränkungen bedrohen. Wie man gegenüber solchen Verhältnissen, welche die Gesetzgebung in fortwährender Thätigkeit erhalten, behaupten kann, dass jeder die Kenntnis der wichtigsten Rechtspflichten ganz von selbst besitzt, sie „gleichsam mit der Luft, deren er bedarf, einatmet“, ist nicht wohl verständlich, zumal wenn man bedenkt, dass die gegen die angegebenen Bestrebungen sich richtenden Gesetze zahlreiche Handlungen verbieten, welche an sich durchaus nicht unmoralisch sind, sondern welche nur

im polizeilichen Interesse, um etwaigen Schaden zu verhüten, untersagt werden. Bei der Grösse der drohenden Gefahr aber ist man gezwungen worden, selbst diese eigentlich nur polizeilichen Uebertretungen mit so harten Strafen zu belegen, wie sie sonst nur für wirklich schwere Vergehen oder gar nur für Verbrechen in Anwendung gebracht werden. Man denke beispielsweise an den § 9 des Gesetzes „gegen den verbrecherischen und gemeingefährlichen Gebrauch von Sprengstoffen vom 9. Juni 1884“, welches denjenigen, welcher es unternimmt, ohne polizeiliche Ermächtigung Sprengstoffe herzustellen, feilzuhalten u. s. w. mit Gefängnis von 3 Monaten bis zu 2 Jahren bestraft.

Also auch hier haben wir dasselbe Resultat: Eine fortgesetzte, wenn auch voraussichtlich vorübergehende Vermehrung und Verschärfung der bestehenden Strafgesetze infolge der ausserordentlichen, zum Teil krankhaften Zustände unserer Zeit.

Mit diesem Ergebnis aber wird die optimistische Ansicht derjenigen, welche glauben, die Rechtsordnung auch dann aufrecht erhalten zu können, wenn die Rechtsunkennntnis von Strafe befreie, da der Fall der Unbekannthschaft mit den Strafgesetzen sich nur sehr ausnahmsweise ereignen könne, ganz und gar widerlegt.

Die Thatsachen lehren jedem, welcher sehen will, das Gegenteil, die sogenannten *delicta juris civilis* haben sich im modernen Strafrecht infolge der komplizierteren Rechts- und Lebensverhältnisse unserer Zeit ausserordentlich vermehrt, und ein grosser Teil der strafrechtlichen Normen wird dem Laien immer unbekannt bleiben, sofern er nicht sich der für ihn gewiss nicht leichten Aufgabe unterzieht, sich mit ihnen ausdrücklich bekannt zu machen. Die

oben geschilderten, dem Staatswohl aus dem Satz: „Unkenntnis des Gesetzes befreit von Strafe“ drohenden Gefahren werden also gerade bei dem gegenwärtigen Zustand der Gesellschaft grösser denn je sein.

Der Staat soll von dem tiefeingreifenden Mittel der Strafe nur bei wirklicher Notwendigkeit, dann aber auch einen möglichst energischen Gebrauch machen. Uebertriebene Humanität ist ebenso falsch, als drakonische Strenge, ja jene setzt das Gemeinwohl noch grösseren Gefahren aus als diese, denn sie stellt einen Freibrief aus, Gesetz und Ordnung zu übertreten, ein Zustand, welcher den Staat selber aufheben würde.

Prüfen wir nun, nachdem wir von unserem Standpunkt aus zu einem jeden Zweifel ausschliessenden Resultat gelangt sind, wie sich die absolute Strafrechtstheorie dazu stellen muss.

Es ist oben im § 2 behauptet worden, dass zwischen der richtig verstandenen absoluten Theorie und der unsrigen ein Widerspruch nicht besteht. Wenn diese Behauptung richtig ist, so müssen auch die aus beiden sich ergebenden Konsequenzen dieselben sein, d. h. auf den vorliegenden Fall exemplifiziert, auch die absolute Theorie darf dem Rechtsirrtum keinen Einfluss auf die Strafbarkeit zuschreiben. Nach der absoluten Theorie wohnt nun einer Handlung die verbrecherische Eigenschaft bereits als solcher inne, sie erhält diese nicht erst dadurch, dass sie durch ein Strafgesetz verboten wird. Die Strafandrohung hat nur die Aufgabe auszusprechen, was die Gerechtigkeit erfordere, sie soll ein Schutzmittel gegen die Willkür der Obrigkeit gewähren, nicht aber etwa erst die Gerechtigkeit der zu verhängenden Strafe begründen. Der bei jedem civilisierten Volk geltende Satz, dass eine

Handlung nur durch ein vorangegangenes gehörig verkündetes Strafgesetz strafbar wird, stellt sich also nach dieser Auffassung nur als eine Forderung der Rechtssicherheit, der Politik dar. Ist nun aber das Bestehen eines Strafgesetzes selbst zur Anwendung der Strafe dem Begriff der Gerechtigkeit nach nicht erforderlich, so kann selbstverständlich von der Notwendigkeit der Gesetzeskenntnis noch viel weniger die Rede sein.

Dass der Gesetzgeber, dessen Wille souverän ist, jederzeit verordnen kann, dass Rechtsunkenntnis von Strafe befreien soll, versteht sich endlich ganz von selbst, nur wäre eine solche Bestimmung, wie wir nachzuweisen versucht haben, im höchsten Grade unzweckmässig und gefährlich. Dagegen lässt es sich sehr wohl denken, dass bei einzelnen bestimmten Vergehen praktische Gründe dafür sprechen könnten, nur denjenigen zu bestrafen, welcher das übertretene Gesetz gekannt und demnach das Recht mit vollem Bewusstsein verletzt hat. Bei welchen strafbaren Handlungen sich legislativ eine solche Milde empfiehlt, lässt sich prinzipiell und theoretisch nicht bestimmen. Es kommt einzig und allein darauf an, ob der Staat unter den gegebenen Verhältnissen des Schutzes, welcher durch den Satz: „Unkenntnis des Gesetzes schützt nicht vor Strafe“ seiner Rechtsordnung gewährt wird, entbehren zu können meint. Wir haben es hier also lediglich mit einer Frage der Kriminalpolitik zu thun, für welche allein Zweckmässigkeitsrücksichten Ausschlaggebend sein dürfen. Nur soviel kann man schon a priori sagen, dass die Rechtsordnung in den weitaus meisten Fällen ein Abgehen von unserem Grundsatz nicht ertragen wird. Seinen etwaigen Willen, die Strafbarkeit für ein bestimmtes Vergehen von dem Bewusstsein der Rechts-

widrigkeit abhängig zu machen, drückt der Gesetzgeber dadurch aus, dass er das Merkmal der Rechtswidrigkeit in den besonderen Thatbestand des betreffenden Delikts aufnimmt.

§ 6.

Die Behandlung des Rechtsirrtums im römischen Recht.

Wir wollen jetzt dazu übergehen, zu untersuchen, ob das heute in Deutschland geltende Reichsstrafgesetzbuch mit unseren auf theoretischem Wege gewonnenen Resultaten übereinstimmt. Zuvor aber müssen wir eine historische Betrachtung voranschicken, um zu sehen, auf welchem Standpunkt die dem genannten Gesetzbuch vorausgehende Wissenschaft und Doktrin stand, denn nur auf diese Weise werden wir zu einer befriedigenden Antwort auf die gestellte Frage gelangen können.

Wir müssen hier mit dem römischen Recht beginnen, dürfen uns aber nicht verhehlen, dass wir demselben für unsere Frage einen besonders hohen Wert nicht beimesen können, denn der Vorsatzbegriff des modernen Strafrechts basiert nicht sowohl auf dem Dolusbegriff des römischen Rechts, als auf den Untersuchungen der späteren Jurisprudenz und Philosophie. Dazu kommt, dass es ausserordentlich schwierig ist, aus den Quellen eine klare und bestimmte Definition von dem strafrechtlichen Dolus zu gewinnen, da wir ihn infolge der Privatdelikte der Römer vielfach mit civilrechtlichen Elementen vermischt finden. Wir müssen daher mit grosser Vorsicht an die Interpretation der Quellen herantreten und uns hüten, die Stellen, welche die civilrechtliche Seite des Dolus ins Auge fassen, ohne weiteres auf den strafrechtlichen zu übertragen, vielmehr muss, bevor dies geschehen

kann, jede einzelne Stelle sorgfältig daraufhin geprüft werden. Dass diese Erwägung von BINDING unbeachtet gelassen ist, hat ihm, wie wir später sehen werden, zu zahlreichen Irrtümern Veranlassung gegeben.

Im folgenden sollen, um jedes Missverständnis auszuschliessen, daher auch nur diejenigen Bestimmungen als für unsere Frage beweiskräftig herangezogen werden, welche sich unzweifelhaft auf das Strafrecht beziehen, andere wollen wir nur insoweit besprechen, als erforderlich ist, um die daraus gezogenen unrichtigen Schlüsse BINDING's zu widerlegen.

Keine Schwierigkeit bietet unserer Frage das ältere römische Recht, wenn auch ausdrückliche Zeugnisse darüber fehlen. Der uns heute selbstverständlich erscheinende Satz: „Nullum crimen, nulla poena sine lege“ war bekanntlich dem römischen Recht zur Zeit der Aburteilung der Verbrechen durch die Komitien und die Quaestiones perpetuae unbekannt. Das Volk nahm keinen Anstand, Handlungen als Verbrechen zu bestrafen, welche durch keine ausdrückliche gesetzliche Vorschrift verboten waren; IHERING ⁵⁹⁾ bezeichnet daher treffend die Strafgerichtsbarkeit des Volkes als eine Vereinigung der gesetzgebenden und richterlichen Gewalt und nennt seine Urteile „Gesetze für den einzelnen Fall“, und auch noch zur Zeit der Quaestiones perpetuae schrieben sich die meisten der damaligen Strafgesetze ausdrücklich rückwirkende Kraft zu (vgl. Cicero in Verrem I 42). Bei einem solchen Rechtszustand ist es selbstverständlich, dass die Unkenntnis des Gesetzes gänzlich bedeutungslos sein musste.

Denn wenn zur Strafbarkeit einer Handlung nicht

⁵⁹⁾ IHERING, Geist des römischen Rechts, 4. Aufl., 2. Theil, I. Abth., S. 45 ff.

einmal ein Gesetz nötig ist, so kann natürlich von der Notwendigkeit der Gesetzeskenntnis noch viel weniger die Rede sein ⁶⁰⁾).

Viel verwickelter liegt dagegen die Sache für das spätere Recht. Das Fehlen fester, einheitlich durchgeführter Prinzipien im römischen Kriminalrecht macht die Lösung auch der vorliegenden Frage zu einer ausserordentlich schwierigen. Wir dürfen eben nicht vergessen, dass das Strafrecht des Corpus iuris, um BERNER's ⁶¹⁾ Worte zu gebrauchen, „kein Gesetzbuch aus einem Gusse, sondern ein Gemisch von Bestimmungen ist, die den verschiedensten Perioden entstammen und darum oft von ganz verschiedenem Geiste durchweht werden“. Daher darf, selbst wenn man die eine oder die andere Bestimmung in den Quellen finden sollte, wonach Unkenntnis des Gesetzes von Strafe befreit, daraus noch nicht auf ein allgemein gültiges Gesetz geschlossen werden. Wenn BINDING ⁶²⁾ sagt: „Sollte auch nur in einem einzigen Falle der Nachweis gelingen, dass Rechtsirrtum als solcher den Dolus ausschliesst, so würde dieser Nachweis für die Bestimmung des Dolusbegriffs völlig ausreichen“, so muss dieser Ansicht nach der ganzen Art, in welcher das Strafrecht in Corpus iuris behandelt ist, als einer durchaus irrtümlichen auf das Entschiedenste widersprochen werden.

Ehe wir nun an die Prüfung der Quelle herantreten, werden wir uns das eine schon von vornherein sagen

⁶⁰⁾ Vgl. auch GEIB, Lehrbuch des deutschen Strafrechts Bd. II, S. 60, und GESSLER, Gerichtssaal X, S. 217.

⁶¹⁾ BERNER, Lehrbuch, 13. Aufl., S. 48, vgl. auch v. LISZT, Lehrbuch S. 35.

⁶²⁾ BINDING, Normen I, S. 311.

können, dass es im höchsten Grade unwahrscheinlich ist, dass das römische Recht die Anwendung seiner Strafgesetze davon abhängig gemacht haben sollte, ob sie dem einzelnen bekannt gewesen seien oder nicht. Stellte der antike Staat überhaupt weit höhere Ansprüche an den Unterthanen, als der moderne, und dehnte er seine Gewalt viel weiter aus, als dieser, so gilt dies gewiss von dem römischen. Nirgends finden wir die Omnipotenz des Staates stärker ausgebildet, als hier, und nirgends ein Recht, welches schonungsloser und energischer in erster Linie immer nur die Interessen des Gemeinwesens ins Auge fasst. „Es ist schrecklich“, sagt MOMMSEN ⁶³⁾, „dies Recht mit seiner unerbittlichen Strenge, die man sich nicht allzu sehr gemildert denken darf durch eine humane Praxis, denn es ist ja Volksrecht. Aber darin eben ist die Grösse Roms beschlossen und begründet, dass das Volk sich selber ein Recht gesetzt und ein Recht ertragen hat, in dem die ewigen Grundsätze der Freiheit und der Botmässigkeit, des Eigentums und der Rechtsfolge unverfälscht und ungemildert walteten und heute noch walten.“ Dass ein solches Recht, welches für das Gebiet des Privatrechts den Satz: „Regula est, juris quidem ignorantiam cuique nocere“ (l. 9 pr. D. de juris et facti ign.) aufgestellt hat, gerade die Anwendung seiner strafrechtlichen Normen, von deren strenger Aufrechterhaltung das Wohl der Gesamtheit zu allermeist bedingt ist, in das Belieben des einzelnen gestellt haben sollte, kann man nimmermehr annehmen. Ein solcher Satz würde dem kräftigen Geist des römischen Rechts ganz und gar widersprechen.

⁶³⁾ MOMMSEN, Römische Geschichte Bd. I, 6. Aufl., S. 159; vgl. auch IHERING, Zweck im Recht Bd. I, S. 563 und 564, und BAR, Geschichte des deutschen Strafrechts I, S. 13.

Diese Annahme werden wir, wenn wir jetzt an die Prüfung der Quellen herantreten, auch völlig bestätigt finden.

Als die herrschende Meinung kann man folgende Ansicht bezeichnen: Rechtsunwissenheit und Rechtsirrtum bezüglich der Strafgesetze befreien nicht von Strafe. Ausnahmen von dieser Regel sollen nur bei den *delicta juris civilis*, nicht aber auch bei den *delicta juris gentium* gelten, aber auch bei jenen nur zugunsten derjenigen 4 Klassen von Personen, denen Rechtsunkenntnis überhaupt leichter nachgesehen wird, nämlich der Soldaten, Weiber, Minderjährigen und der Menschen von bürgerlicher Unbildung⁶⁴).

Von anderer Seite, insbesondere von BINDING, wird dagegen behauptet, dass die Römer ausnahmslos unter Dolus nur denjenigen Willen verstanden haben, welchem das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit nicht fehlte (a. a. O. II. S. 310 ff.).

Als Beweis für den Satz, dass Unkenntnis des Gesetzes nicht von Strafe befreien solle, beruft man sich gewöhnlich auf die bekannten Stellen, die l. 9. pr. D. de juris et facti ign. und die l. 12. C. eodem titulo⁶⁵). Wir dürfen jedoch auf beide kein Gewicht legen, da sie sich wohl kaum auf Delikte beziehen⁶⁶) und ausserdem, wie BINDING⁶⁷) richtig bemerkt, mit solchen aus dem Zu-

⁶⁴) Vgl. FEUERBACH Lehrbuch § 86 Note a und GEIB Lehrbuch II S. 60 und die dort angegebene zahlreiche Litteratur.

⁶⁵) S. z. B. WÄCHTER Lehrbuch I S. 120.

⁶⁶) Dieser Ansicht ist auch PERNICE „Labeo“ II S. 51.

⁶⁷) BINDING Normen Bd. II S. 314. Im wesentlichen stimmt mit BINDING's Ausführungen BURCKHARDT, „Sinn und Umfang der Gleichstellung von dolus und culpa lata im römischen Recht“ überein. Auch er meint, dass der Irrtum über die strafbare Beschaffenheit der Handlung den Dolus stets nach Ansicht der Römer ausgeschlossen habe. Er giebt jedoch selber zu, dass der Einwand

sammenhange gerissenen abstrakten Aussprüchen nichts anzufangen, vielmehr der Beweis für die römische Anschauung allein aus der römischen Rechtsanwendung zu führen ist. Wir können aber auch diese Zeugnisse sehr gut entbehren, da uns die sich auf das eigentliche Strafrecht beziehenden Vorschriften in den Pandekten und dem Kodex genügenden Aufschluss über unsere Frage geben. Wenn sie auch nirgends die ausdrückliche Bestimmung enthalten, dass auf den Einwand der Rechtsunkenntnis keine Rücksicht genommen werden solle, so geht dies dennoch aus einer ganzen Reihe einzelner Anwendungen zur Evidenz hervor. Hierher gehört zunächst die l. 15 pr. D. 48, 10, welche die Vorschrift enthält, dass die lex Cornelia de falsis auch auf den Schreiber eines Testaments, welcher sich selbst unbefugter Weise ein Vermächtnis zuschreibt, angewendet werde. Die Stelle lautet so: Divus Claudius edicto praecepit, adiciendum legi Corneliae, ut, si quis, cum alterius testamentum vel codicillos scriberet, legatum sibi sua manu scripserit, proinde teneatur, ac si commisisset in legem Cornelianam, et ne vel iis venia detur, qui se ignorasse edicti severitatem praetendant.

Ganz ausdrücklich wird hier also verordnet, dass die Unkenntnis dieses Gesetzes nicht von Strafe befreien solle.

Die Interpretation, welche BINDING (a. a. O. S. 312, Anm. 437) von der Stelle giebt, ist unrichtig. Dafür, dass es sich hier um eine „vorgebliche“ Unkenntnis handelt, fehlt jeder Anhalt, und noch irriger und grund-

der Rechtsunkenntnis nur unter Beschränkungen zugelassen worden sei, hält dies aber wesentlich für „Beweiserschwerung“ (S. 17). Belegstellen führt er für diese, wie sich im folgenden zeigen wird, unrichtige Behauptung nicht an.

loser ist es, wenn er die Worte: „severitas edicti“ nur auf die Höhe der Strafe beziehen will, unzweifelhaft ist vielmehr damit der ganze Inhalt des Gesetzes gemeint⁶⁸). Einen so selbstverständlichen Satz, wie den, dass das Wissen von der Grösse der angedrohten Strafe zur Bestrafung niemals erforderlich sei, besonders auszusprechen, haben die römischen Juristen gewiss nicht für nötig erachtet. — Denselben Sinn hat das Wort: „severitas“ auch in der mit der genannten Stelle zusammenhängenden l. 3 C. 9, 23, welche demnach der BINDING'schen Theorie gleichfalls entschieden widerspricht: *et poena legis Corneliae facienti inrogata est: cuius veniam deprecantibus ob ignorantiam et profitentibus a relicto discedere raro amplissimus ordo vel divi principes veniam dederunt*. Mit den „seltenen“ Fällen, in denen hiernach auf den Einwand der Rechtsunkenntnis Rücksicht genommen wurde, sind vermutlich diejenigen gemeint, bei welchen dieselbe eine gänzlich unverschuldete gewesen ist. Wie dem aber auch sei, die Stelle sagt mit keinem Wort, dass die Strafe etwa wegen Mangels des Dolus in diesen Ausnahmefällen ausgeschlossen wurde, sondern ausdrücklich wird der Ausschluss der Strafbarkeit als Akt der kaiserlichen Gnadenbezeugung hingestellt. Eine wirkliche Ausnahme statuiert dagegen der § 5 der kurz vorher citierten Digestenstelle für die Tochter, die sich in einem von der Mutter diktierten Testament: „per ignorantiam iuris“ ein Legat zuschrieb. Es heisst dort: *Matri quoque, cui per servum suum dictante filio legatum scriptum esset, veniam tribuen-*

⁶⁸) Dies kann gar keinem Zweifel unterliegen, wenn man den Gebrauch des Wortes: „severitas“ an anderen Stellen beachtet, vgl. z. B. l. 9 § 2 D 14, 6 und l. 1 § 1 D 47, 9, siehe auch BIRNBAUM N. Archiv Bd. XI S. 101 ff.

dam legis Corneliae placuit. Idem in filiam, quae dic-
tante matre sua per ignorantiam iuris legatum sibi scripserat,
senatus censuit. Nicht dem weiblichen Geschlecht über-
haupt, sondern nur der Tochter wird hier also bei Rechts-
unkenntnis Strafflosigkeit gewährt. Einen rationellen Grund
für diese höchst absonderliche Bestimmung zu finden,
wird kaum möglich sein. LUDEN ⁶⁹⁾ sucht diese Schwierig-
keit dadurch zu umgehen, dass er die Worte: ignorantia
iuris nicht auf das S. C. Libonianum, sondern auf die
subsequendi necessitas und honesta excusatio, von welcher
in dem vorhergehenden § 3 die Rede ist, beziehen will.
Allein diese Auslegung ist offenbar nicht richtig, die Worte:
ignorantia iuris können sich hier auf gar nichts Anderes,
als auf die Unkenntnis des in Rede stehenden Strafgesetzes
beziehen. Wir werden uns daher damit begnügen müssen,
zu konstatieren, dass von dem an die Spitze des genann-
ten Gesetzes gestellten Satz, es solle nicht einmal denen
Verzeihung zuteil werden, welche die Strenge des Edikts
nicht gekannt zu haben behaupten, für die Tochter ohne
einen für uns ersichtlichen Grund eine Ausnahme gemacht
worden ist. — Allgemein dagegen soll nach einer Ent-
scheidung des Severus Alexander der Einwand der Rechts-
unkenntnis den Soldaten zu gute kommen (l. 5 C. 9,
23), aber auch hier handelt es sich, wie aus den Worten:
„sed secutus tenorem indulgentiae meae, poenam legis
Corneliae tibi remitto“ hervorgeht, lediglich um einen
Gnadenakt, welchen der Kaiser, um eine juristische Formel
dafür zu finden, in die Form kleidet, der Thäter habe
nicht dolos, sondern aus Irrtum gehandelt. Aus dieser
Stelle aber einen allgemein gültigen Satz über das Wesen
des Dolus überhaupt herleiten zu wollen, wie BINDING

⁶⁹⁾ LUDEN Abhandl. Bd. I § 44, Note 2.

es thut, ist gänzlich verfehlt, denn einmal haben wir es hier eben nur mit einer ausserordentlichen kaiserlichen Gnadenbezeugung zu thun, und sodann wird nur gewissen Personenklassen, nämlich den Soldaten, welche in Bezug auf den Rechtsirrtum überhaupt eine privilegierte Stellung geniessen, Strafflosigkeit zugebilligt. Wenn BINDING (a. a. O. S. 318) leugnet, dass das römische Recht, soweit es sich um vorhandene Normunkenntnis und ihre Wirkung handelt, eine verschiedene Behandlung der Soldaten und Frauen gekannt habe, sondern meint, dass die darauf bezüglichen Bestimmungen nur für den Prozess von Bedeutung seien, indem hier dem vorgeschützten Rechtsirrtum dieser Personen leichter geglaubt werde, als anderen, so fehlt für diese Behauptung, wie aus den besprochenen Stellen ersichtlich ist, jeglicher Anhaltspunkt⁷⁰⁾

Die l. 39 § 2 D. 48, 5 bestimmt, dass Frauen sich durch den Einwand der Gesetzesunkenntnis der Bestrafung aus der lex Julia de Adulteriis entziehen können, sofern es sich um einen „incestus iuris civilis“ handelt: Quare mulier tunc demum eam poenam, quam mares, sustinebit, cum incestum iure gentium prohibitum admiserit: nam si sola iuris nostri observatio interveniet, mulier ab incesti crimine erit excusata. Aus der Existenz einer solchen Vorschrift folgt aber, dass sonst, also namentlich sofern ein „incestus iuris gentium“ vorliegt, die Berufung auf Unkenntnis des Gesetzes bedeutungslos ist. BINDING bemerkt zu dieser Stelle (a. a. O. S. 322) „der Grund verschiedenartiger Behandlung beider Inzeste ist klar genug. Der angeblichen Unkenntnis des civilrechtlichen Eheverbots wird geglaubt, der Unkenntnis der Verbote des ius gentium nicht: daraus geht hervor, dass wirklich vorhandene

⁷⁰⁾ Vgl. auch gegen BINDING's Ansicht PERNICE, a. a. O. S. 51. Abhandlungen I. Bd.

Rechtsunkenntnis den Dolus und somit die Möglichkeit eines strafbaren Inzestes ansschliesst; nur wird eben ein wirklicher und nicht ein „error affectatus insimulatus“ verlangt.“

BINDING schlägt also auch hier denselben Weg ein, wie bei der kurz vorher besprochenen Stelle, er nimmt an, dass auch diese nur bei „vorgeblichem“ Rechtsirrtum die Strafbarkeit nicht ausschliessen will; er vermag jedoch ebensowenig, wie bei jener, einen durchschlagenden Grund für seine Annahme anzuführen, der Sinn und der klare Wortlaut der beiden Stellen geben jedenfalls dazu keinen Anhalt. Ueberhaupt führen die Römer die Unterscheidung zwischen den „delicta juris gentium“ und den „delicta juris civilis“ beim Inzest schärfer, als bei den anderen Delikten durch und sind hier leichter, als sonst, dazu geneigt, bei den letzteren im Falle der Rechtsunkenntnis das Vorhandensein des Dolus zu verneinen und eben deshalb die Strafe auszuschliessen (vgl. §§ 5—7 l. c. und das Edikt des Diocletian und Maximian in der Col. leg. Mos. et Roman. T. VI c. 4 § 3 ff.). Der Grund für diese Milde ist klar genug: die Bestimmungen darüber, unter welchen Verwandten eine geschlechtliche Gemeinschaft verboten ist, sind bei den verschiedenen Völkern sehr verschieden gewesen. Wir wissen, dass es Völker gegeben hat — vielleicht ist dies sogar bei allen einmal der Fall gewesen —, welche das Verbrechen der Blutschande überhaupt nicht gekannt, vielmehr gerade im Gegenteil die Ehe unter Blutsverwandten für besonders heilig gehalten haben. Aus diesem Grunde war, zumal wenn man die aus den verschiedensten Elementen zusammengesetzte Bevölkerung des römischen Weltreichs ins Auge fasst, ein Rechtsirrtum hier sehr leicht mög-

lich und deshalb nach Ansicht der Römer verzeihlich. Insoweit BINDING nur dies behauptet, ist ihm beizustimmen, verfehlt nur ist es, die für dieses Delikt geltenden Vorschriften, welche mit der eigentümlichen Natur desselben zusammenhängen, auf das ganze römische Strafrecht ausdehnen zu wollen.

In der l. 16 § 5 D. 39, 4, welche von Zollübertretungen handelt, verordnet der Kaiser Hadrian, dass auch derjenige, welcher das Zollgesetz nicht gekannt zu haben behauptet, nichtsdestoweniger in die Zollstrafe verfallen solle: *Licet quis se ignorasse dicat, nihilo minus eum in poenam vectigalis incidere divus Hadrianus constituit*. Von dieser Regel ist niemand — selbst die Minderjährigen nicht — ausgenommen. Zwar bestimmt die l. 9, § 5 D. 4, 4, dass Minderjährige in integrum restituiert werden sollen, wenn ihnen dabei kein Dolus zur Last fällt, allein an dieser Stelle handelt es sich nicht um die Unkenntnis des die Defraudation verbietenden Strafgesetzes, sondern um das Nichtwissen von der Steuerbarkeit gewisser Gegenstände. Wenn diese den Minderjährigen nicht bekannt ist, so sollen sie von Strafe befreit sein, ein an sich ganz selbstverständlicher Satz, welcher, wie LUDEN ⁷¹⁾ richtig bemerkt, „für alle Leute, nicht bloss als Privilegium der Minderjährigen, gelten sollte“. Dass in der lex 16 cit. dennoch das Gegenteil vorgeschrieben ist, will LUDEN aus dem Zolleifer der römischen Kaiser erklären. Wie dem aber auch sei, in jedem Falle lehrt uns die besprochene Stelle, dass Unkenntnis des die Zollübertretung verbietenden Strafgesetzes selbst niemanden entschuldigen soll.

⁷¹⁾ LUDEN Handbuch Bd. I S. 286 Anm. 2; vgl. auch BERNER Wirkungskreis S. 34 und 35.

Die l. 3 § 18 D. 29, 5 enthält die bekannte Bestimmung, dass gegen die Sklaven, deren Herr ermordet worden ist, die Untersuchung eröffnet werden soll und dass, bevor diese nicht abgeschlossen und der Schuldige bestraft ist, auch die Eröffnung des Testamentes des Ermordeten nicht erfolgen darf.

Die §§ 21 und 22 aber fügen hinzu:

Si quis ignorans occisum aperuerit, non debet hoc edicto teneri. Et si sciens, non tamen dolo aperuit, aequè non tenebitur, si forte per imperitiam vel per rusticitatem ignarus edicti praetoris vel senatus consulti aperuit. BINDING will auch aus diesen Worten einen Beweis für seine Theorie, dass bei wirklich vorhandener Rechtsunkenntnis die verbotene Handlung als *dolos* von den Römern nicht betrachtet wurde, herleiten. Er interpretiert die Stelle folgendermassen (a. a. O. S. 303). „Wissend, dass der Verfertiger des Testaments ermordet worden, eröffnet jemand dieses Testament, aber die wissentliche Vornahme dieser verbotenen Handlung, auch wenn von einem sogenannten Zurechnungsfähigen vorgenommen, braucht keineswegs notwendig *dolos* zu sein und sie ist es nicht, wenn der Handelnde die Norm nicht kennt, welche die Handlung verbietet. Ausdrücklich wird also hier das dem *Dolus* charakteristische Bewusstsein in das Wissen von der Normwidrigkeit der Handlung gesetzt.“ Dieser Ausführung BINDING's dürfte allerdings beizupflichten sein. Die Auslegung, welche LUDEN (a. a. O. S. 247 Anm. 5) von dieser Stelle giebt, ist viel zu gezwungen, als dass man ihr zustimmen könnte. Allein trotzdem die Interpretation BINDING's als die richtigere anerkannt werden muss, so beweist sie dennoch nichts für seine Theorie. Denn durch die Worte: „si forte per imperitiam vel per

rusticitatem ignarus edicti u. s. w.“ werden nicht alle, welche das betreffende Edikt nicht kennen, von Strafe befreit, sondern nur eine bestimmte Klasse von Personen, die „Rustici“, welchen, wie bereits erwähnt, der Rechtsirrtum hinsichtlich der delicta iuris civilis — und mit einem solchen haben wir es hier zu thun — überhaupt leichter verziehen wird ⁷²⁾). Halten wir uns dies gegenwärtig, so geht auch aus dieser Stelle ebenso wie aus den bisher besprochenen hervor, dass BINDING's Ansicht unrichtig ist, denn da die genannte Bestimmung nur bestimmte Personenklassen bei Rechtsunkenntnis von Strafe befreit, so folgt daraus, dass dieselbe sonst ohne Bedeutung ist.

Derselbe Grundsatz wird endlich ganz deutlich von ULPIAN in der l. 11 § 4 D. 3, 2 ausgesprochen: „Notatur etiam, qui eam (die Wittve während der Trauerzeit) duxit, sed si sciens: ignorantia enim excusatur non iuris, sed facti.“

Haben wir in den sämtlichen genannten Stellen mithin die Bestätigung des Satzes, dass das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit zur Strafbarkeit regelmässig nicht erforderlich ist, gefunden, so scheint nur die folgende auf den ersten Blick dagegen zu sprechen. In der lex 6 D. 50, 9 ist von einem Stadtgesetz die Rede, welches folgende Bestimmung enthält: Wer ausserhalb des Rathes richtet, soll aus dem Rathe ausgeschlossen und ausserdem mit 1000 Drachmen bestraft werden. Es wird nun die

⁷²⁾ Das Wort: „rusticitas“ wird hier, wie überall, in seiner bekannten technischen Bedeutung gebraucht. Dies übersieht BINDING, wie aus seiner Uebersetzung von der Stelle: „So wenn er aus Mangel der Erfahrung oder dumm wie ein Bauer zur Oeffnung geschritten ist“ (S. 315) hervorgeht.

Frage aufgeworfen, ob auch derjenige diese Strafe auf sich nehmen müsse, welcher unwissend gegen den Beschluss gehandelt habe, worauf SCÄVOLA die Antwort erteilt: „Poenas huius modi adversus scientes paratas esse“. Unzweifelhaft sind hier mit den „scientes“ diejenigen gemeint, welche das betreffende Strafgesetz kennen, jedoch darf nicht übersehen werden, dass wir es hier nicht mit einem allgemein geltenden Gesetz, sondern mit einem lokalen, einem Stadtrecht zu thun haben, und dass dasjenige, was von diesem gilt, nicht ohne weiteres auf jenes übertragen werden darf. Zum Ueberfluss ist dies durch die Worte: „poenas huius modi“ ausdrücklich in dem Responsum des SCÄVOLA selbst angedeutet. Jedenfalls ist es unzulässig, in dieser Bestimmung, wie BINDING (a. a. O. S. 307) thut, „ein bedeutendes Zeugnis für den Sinn gesetzlicher Strafdrohungen überhaupt“ finden zu wollen.

Alle übrigen von BINDING zur Bekräftigung seiner Theorie angeführten Stellen beweisen für unsere Frage nichts. Da eine Widerlegung seiner Ausführungen im einzelnen noch nicht erfolgt ist, so wird es nötig sein, noch etwas näher darauf einzugehen, soweit dies nicht bereits geschehen ist. BINDING beruft sich für seine Theorie zunächst auf die in den Quellen häufig vorkommende Verbindung: „sciens dolo malo“. In diesen Worten will er (a. a. O. S. 301 ff.) keinen Pleonasmus erblicken. Er sagt: „Es kann jemand sehr wohl — die Quellen bemerken dies ausdrücklich — eine vom Recht missbilligte Handlung wissentlich vollführen, aber des Dolus malus ermangeln. Die Wissentlichkeit der Handlung ist also der weitere Begriff, der keineswegs schon die Handlung als dolos charakterisiert, wohl aber erfordert

jede dolose Handlung Wissentlichkeit derselben. Die Zufügung des „dolo malo“ zu dem „sciens“ bedeutet, dass bezüglich der beabsichtigten Handlung eine bestimmte Richtung des Bewusstseins und eine bestimmte Gesinnung vorhanden sei.“ Diese Ausführung BINDING's ist nicht zutreffend. In zahlreichen Fällen liegt in den Worten: „sciens dolo malo“ allerdings nur ein Pleonasmus. So ist z. B. in der l. 13 D. 48, 5 und in den von BINDING (S. 306) selbst angeführten Worten des BANTINI'schen Gesetzes: „sese quae ex hac lege oportebit facturum neque sese advorsum hanc legem facturum scientem dolo malo“ das „sciens“ dem „dolo malo“ vollkommen gleich gesetzt⁷³⁾. Die l. 7 pr. § 1 D. 27, 6, auf welche sich BINDING ferner beruft (S. 304), hat mit unserer Frage gar nichts zu thun. Denn einmal handelt es sich hier lediglich um einen Civilanspruch gegen den Vormund, nicht um eine Strafe. Der § 2 sagt ganz ausdrücklich: „Quod ait praetor, quanti ea res erit, magis puto, non poenam, sed veritatem his verbis contineri.“ Ferner aber ist hier gar nicht von einem Rechtsirrtum, sondern nur von dem Zwange und der Drohung als Strafausschliessungsgrund die Rede. ULPIAN kommt nicht, wie BINDING sagt, „zunächst“ auf diese Gründe des Dolus „beispielsweise“ zu sprechen, sondern nur auf sie. — In der l. 7 § 5 D. 2, 1 beziehen sich die Worte: *imperitia* und *rusticitas* offenbar nicht, wie BINDING (S. 304) annimmt, auf die Unkenntnis des Edikts, sondern des faktischen Umstandes, dass das, was man verletze, ein obrigkeitliches Edikt sei⁷⁴⁾. Dasselbe gilt von den drei

⁷³⁾ Vgl. PERNICE *Labeo* II S. 63.

⁷⁴⁾ So auch LUDEN a. a. O. S. 246 Anm. 5 und BERNER *Wirkungskreis* S. 29—31.

folgenden, auf S. 304 und 305 angeführten Stellen. In allen dreien ist ebenfalls nur von einem thatsächlichen, in keiner Weise von einem Rechtsirrtum die Rede. In der l. 1 § 32 D. 16, 3 irrt sich der Depositar über die Person des Eigentümers des Sklaven, in der l. 11 eodem weiss er nicht, dass die Sache gestohlen ist, in der l. 1 § 47 eodem befindet sich der Erbe darüber im Unklaren, dass die von ihm veräusserte Sache bei seinem Erblasser nur deponiert war, demselben also nicht gehörte. Die drei genannten Stellen enthalten nur die ganz selbstverständliche Bestimmung, dass beim Vorhandensein eines solchen rein thatsächlichen Irrtums der Dolus ausgeschlossen ist. Ganz ebenso liegt die Sache in den zahlreichen auf Seite 307 und 308 von BINDING angeführten Zeugnissen, in keinem einzigen ist von dem mangelnden Bewusstsein der Rechtswidrigkeit die Rede, auch beziehen sie sich durchweg nur auf das Civilrecht und nicht auf das Strafrecht. Mit Unrecht stützt BINDING ferner (S. 316 und 317) seine Theorie auf den § 1 I. 4, 2 und die l. 25 § 6 D. 5, 3. Beide Stellen behandeln die Frage nach der Unkenntnis eines dem Civilrecht angehörigen Rechtssatzes und erklären, dass diese den zur Strafbarkeit einer Handlung erforderlichen Dolus ausschliesse. Sie sagen damit in keiner Weise etwas Ungewöhnliches, sondern auch sonst nimmt das römische Recht, was auch logisch durchaus richtig ist, an, dass eine derartige Rechtsunkenntnis die gleiche Bedeutung, wie die Unkenntnis eines zum gesetzlichen Thatbestande einer strafbaren Handlung gehörigen Thatumstandes habe. (Vgl. z. B. noch § 5 I. 2, 6 und l. 36 § 1, l. 37 pr. D. 41, 3.) Davon, dass das Bewusstsein von der Unerlaubtheit der Handlung zu den Begriffsmerkmalen des Dolus gehöre, ist in keiner der erwähnten Stellen die Rede.

Endlich führt BINDING zur Unterstützung seiner Ansicht noch die l. 9 pr. D. 22, 6 an (S. 326). Er übersieht aber, dass hier nicht allen, sondern nur ganz bestimmten Personen, nämlich den Frauen und den Minderjährigen, die Rechtsunkenntnis nachgesehen wird, und auch diesen nicht allgemein, sondern, wie ausdrücklich hinzugefügt wird, in quibusdam causis. In dieser Stelle könnte also höchstens eine Widerlegung, nicht eine Bestätigung seiner Theorie erblickt werden. Allein wir werden überhaupt diese Bestimmung nicht auf das Strafrecht ausdehnen dürfen; die Worte: propter sexus infirmitatem, welche als Grund für die mildere Auffassung den Frauen gegenüber angegeben werden, sowie der gleich darauf folgende Satz, welcher von den Folgen des Kreditgebens Minderjähriger an einen Haussohn handelt, deuten darauf hin, dass wir es hier nur mit einer ausschliesslich auf das Civilrecht sich beziehenden Vorschrift zu thun haben.

Das Ergebnis unserer Untersuchung können wir demnach folgendermassen formulieren: Wir haben weder eine Stelle in den Quellen gefunden, welche in dem Bewusstsein der Rechtswidrigkeit eine notwendige und unerlässliche Voraussetzung des Dolus erblickt, noch irgend eine, welche die Rechtsunkenntnis schlechthin als Strafausschliessungsgrund betrachtet; vielmehr können wir gerade im Gegenteil aus den besprochenen Stellen als Regel den Satz entnehmen: Unkenntnis des Rechts befreit nicht von Strafe. Bei zahlreichen Delikten scheint dieser Satz ausnahmslos gegolten zu haben, bei einigen allerdings werden Ausnahmen zugelassen, und zwar zugunsten der genannten vier Personenklassen oder auch nur der einen oder der anderen von ihnen. Diejenigen Verbrechen, bei

welchen diese mildere Auffassung Anwendung fand, sind solche gewesen, welche dem spezifisch römischen Recht angehörten und nicht allgemein bei allen Völkern als Verbrechen betrachtet wurden. Die BINDING'sche Theorie, welche das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit als notwendiges Begriffsmerkmal des Dolus betrachtet, ist also vollständig, die herrschende Meinung, welche die Unterscheidung zwischen den *delicta juris civilis* und den *delicta juris gentium* ausnahmslos für unsere Frage durchführen will, zum Teil unrichtig. Wir können wohl aus den Quellen den Schluss ziehen, dass man, wie PER-NICE a. a. O. sagt, „da, wo das Delikt auf einer mehr positiven Norm beruht, eher geneigt war, bei Unkenntnis der betreffenden Norm freizusprechen“, nicht aber, dass diese Regel durchgängig im römischen Recht festgehalten wurde ⁷⁵).

Mit dieser Ansicht stimmt auch v. WÄCHTER überein, allein er fügt hinzu ⁷⁶): „Keineswegs nehmen sie (sc. die Römer) hierbei an, dass durch ein solches Nichtwissen der Dolus ausgeschlossen werde, sondern sie behandeln dieses Nichtwissen bloss als Milderungsgrund“. Diese Behauptung entspricht in ihrer Allgemeinheit den Quellen nicht. Die Römer hätten allerdings, wenn die Doluslehre im Strafrecht konsequent von ihnen durch-

⁷⁵) Mit grosser Vorsicht äussert sich auch BERNER (a. a. O. S. 37) dahin: „die Fälle (in denen im Strafrecht der Rechtsunwissenheit Raum gegeben wird) sind in der Regel derart, dass sich die Strafbarkeit dem natürlichen Gefühl nicht leicht von selbst ankündigt, weshalb die römischen Juristen gelegentlich an die römische Einteilung in *jus gentium* und *ius civile* erinnern“.

Siehe auch BERNER Lehrbuch 15. Aufl. S. 243 Anm. 1.

⁷⁶) v. WÄCHTER, Deutsches Strafrecht, herausgegeben von O. WÄCHTER, S. 156 Anm. b.

geführt worden wäre, zu dem WÄCHTER'schen Resultate kommen müssen. Denn da sie bei den weitaus meisten Verbrechen, welche nur dolo begangen werden können, zur Strafbarkeit die Gesetzeskenntnis nicht verlangen, so erklären sie damit, dass diese kein Begriffsmerkmal des Dolus bilde. Dies schliesst nicht aus, dass in einzelnen Fällen aus irgendwelchen Gründen, insbesondere aus Billigkeitsrücksichten, daneben noch das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit zur Strafbarkeit gefordert werden kann; keinesfalls aber ist es zulässig, dieses Bewusstsein bald zu einem Begriffsmerkmal des Dolus zu erheben, bald aber davon abzusehen. Dass die Römer dies dennoch gethan haben⁷⁷⁾, ist ein Beweis für die Richtigkeit der oben citierten Worte BERNER's, dass wir in dem Strafrecht des Corpus iuris kein Gesetzbuch aus einem Gusse, sondern ein Gemisch von Bestimmungen vor uns haben, die den verschiedensten Perioden angehören und darum oft von ganz verschiedenem Geiste durchweht werden.

§ 7.

Kurze Uebersicht über die Dogmengeschichte.

Die mangelnde Klarheit und Bestimmtheit des römischen Rechts in unserer Frage ist für die weitere wissenschaftliche Fortbildung derselben von sehr üblen Folgen gewesen. Indem nämlich die späteren Juristen an die Bestimmungen des Corpus iuris anzuknüpfen suchten, trat ein willkürliches, unmotiviertes Billigkeitsgefühl an die Stelle fester, konsequent durchgeführter Prinzipien.

⁷⁷⁾ Siehe z. B. die l. 3 §§ 21 und 22 D. 29, 5, in welcher ausdrücklich das Wesen des Dolus in das Wissen von der Gesetzeswidrigkeit der Handlung gesetzt wird.

Vgl. auch PERNICE *Labeo* II S. 51, und MÜHLENBRUCH im *Archiv für die civilistische Praxis* Bd. II S. 404 Anm. 94.

Namentlich kehrt ein Fehler immer wieder, welcher daher passend gleich hier zu besprechen ist.

Vielfach hat man sich nicht klar gemacht, dass es, sobald man einmal das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit für ein Begriffsmerkmal des Dolus hält, keinen Unterschied machen kann, ob der Thäter mit oder ohne eigene Schuld das übertretene Gesetz nicht gekannt hat. Denn wenn auch diese Unkenntnis eine noch so unentschuld bare gewesen ist, so fehlt dem Thäter nichtsdestoweniger der nach jener Definition zum Verbrechen erforderliche schuldhafte Wille, von Strafbarkeit kann also keine Rede sein. Diese Konsequenz haben jedoch, wie wir sogleich sehen werden, viele Juristen zu ziehen unterlassen, indem sie, offenbar verleitet durch die mangelhafte Unterscheidung in den römischen Quellen, die civilrechtlichen Sätze vom Irrtum fälschlich auf das Strafrecht übertrugen.

Im folgenden soll nun nicht eine ausführliche Dogmengeschichte gegeben, vielmehr nur in grossen Umrissen der Gang der Entwicklung unserer Lehre dargelegt werden.

Die Doktrin des gemeinen deutschen Strafrechts schloss sich bei Behandlung unserer Frage durchgängig an die von den Römern gemachte Einteilung der Verbrechen in *delicta juris gentium* und *delicta juris civilis* an. Bei ersteren sollte die Rechtsunkenntnis einflusslos bleiben, bei letzteren dagegen die Strafe ausschliessen. Man übersah jedoch, dass die Römer diese Unterscheidung durchaus nicht allgemein durchgeführt, sondern sie nur bei bestimmten einzelnen Delikten und für gewisse Personenklassen angenommen hatten.

Indem man dies aber vernachlässigte, wurde die ganze Erörterung unklar und prinziplos. Denn die Bestimmungen des römischen Rechts gingen doch offenbar nur

aus dem Gedanken hervor, dass es unbillig sei, jemanden für eine Handlung verantwortlich zu machen, deren Rechtswidrigkeit nicht schon jedem zurechnungsfähigen Menschen auch ohne Kenntniss des betreffenden Strafgesetzes ganz von selbst einleuchte. Diese Einsicht aber wird bei Verbrechen, deren Strafbarkeit durch rein positive Gesetze ausgesprochen ist, gewöhnlich ebensowohl vorhanden sein, als bei solchen, deren Verbot auf dem *ius gentium* beruht. Sehr richtig bemerkt LUDEN⁷⁸⁾: „Die Handlungen, deren Verwerflichkeit schon das natürliche Gefühl ergiebt, sind bei einem gegebenen Volke doch nur darum verwerflich, weil ihre Verwerflichkeit auch in seinem Gefühl anerkannt ist, was hinsichtlich der *delicta juris civilis* in derselben Weise der Fall ist.“ Mit diesem einen Fehler ging der andere, wonach zwischen entschuldbarer und unentschuldbarer Rechtsunkenntniss unterschieden wurde, Hand in Hand.

Es seien hierfür nur einige wenige Belegstellen angeführt.

Beispielsweise äussert sich BOEHMER folgendermassen: „*Et circa illud quidem, si vulgaria principia sectamur, extra dubium posita censetur sententia negans, eo quod ignorantia huius sit crassa et affectata nec attentione digna. Neque dissimulo, veritatem huius doctrinae ordinarie et in dubio praeferendam, ne in cuiusvis nequissimi hominis potestate sit, allegata ignorantia, rigorem legum temere et contra utilitatem publicam eludendi. Verum id non omne arbitrium iudicis tollit, si probabilis causa ignorantiam confirmat*“⁷⁹⁾.

⁷⁸⁾ LUDEN Handbuch I S. 177; siehe auch BERNER Wirkungskreis S. 28.

⁷⁹⁾ BOEHMERI observationes selectae ad Carpzovii practicam novam rerum qu. 149 observ. IV.

Noch deutlicher drückt BOEHMER diese Ansicht in seinen *Meditationes in C. C. C.* aus ⁸⁰⁾. Dort geht er sogar soweit, selbst der Unkenntnis von der Art und Grösse der Strafe unter gewissen Umständen Beachtung schenken zu wollen. Aehnlich, wie BOEHMER spricht sich auch MEISTER in seinen „*Principia iuris criminalis*“ aus ⁸¹⁾.

Auf einem anderen und zwar richtigeren Standpunkt, als die Genannten, steht KLEINSCHROD ⁸²⁾. Jedoch ist auch seine Darstellung nicht frei von Fehlern, insbesondere leidet sie an einer völligen Verkennung des Wesens der Fahrlässigkeit. KLEINSCHROD ist der Ansicht, dass derjenige, welcher eine rechtswidrige Handlung infolge einer Unkenntnis des Gesetzes begehe, stets wegen Fahrlässigkeit zur Verantwortung gezogen werden müsse. Diese Behauptung ist jedoch nicht richtig. Das Wesen der Fahrlässigkeit liegt nicht in der unterlassenen Kenntnissnahme des Gesetzes, sondern darin, dass „infolge eines vermeidlichen Irrtums ein unbeabsichtigter verletzender Erfolg eingetreten ist“ ⁸³⁾. Die unterlassene Kenntnissnahme könnte nur dann bestraft werden, wenn der Gesetzgeber sie als solche ausdrücklich mit einem eigenen Strafgesetz bedroht hätte. In diesem Falle aber würde immer nur die hierfür, niemals aber die für die Uebertretung des verletzten Rechtssatzes selbst festgesetzte Strafe anzuwenden sein. Konsequenterweise müssen also alle diejenigen, welche nicht annehmen, dass Gesetzeskenntnis

⁸⁰⁾ Art. 179 § 12; vgl. ferner die zahlreiche Litteratur bei GEIB Lehrbuch Bd. II S. 61.

⁸¹⁾ § 116.

⁸²⁾ KLEINSCHROD Systematische Entwicklung §§ 136, 139, 140.

⁸³⁾ BERNER Lehrbuch S. 124.

zur Strafbarkeit überhaupt nicht erforderlich sei, auch bei noch so unverschuldeter Unkenntnis zur Freisprechung gelangen, so lange nicht ein eigenes Strafgesetz die unterlassene Kenntnisnahme bedroht ⁸⁴⁾).

FEUERBACH's Ansicht steht in enger Beziehung zu seiner Theorie des psychologischen Zwanges. Alle Verbrechen haben nach FEUERBACH ihren psychologischen Entstehungsgrund in der Sinnlichkeit. Dieser sinnliche Antrieb kann nur dadurch aufgehoben werden, dass jeder weiss, auf seine That werde unausbleiblich ein Uebel folgen, welches grösser ist, als die Unlust, die aus dem nicht befriedigten Antrieb zur That entspringt. Dies Uebel ist die bürgerliche Strafe. Von diesem Standpunkt aus stellt sich das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit als unerlässliche Voraussetzung der Strafbarkeit dar. Denn wenn der Zweck des Strafgesetzes kein anderer ist, als mittelst Einwirkung auf das Begehrungsvermögen Rechtsverletzungen zu verhindern, so ist seine Anwendung bedingt durch das Dasein eines gesetzwidrigen Willens als Ursache des Verbrechens ⁸⁵⁾. — Bis hierher ist FEUERBACH's Lehre von seinem Standpunkt aus ganz folgerichtig. Inkonsequent ist es jedoch, wenn er einmal die verschuldete Unkenntnis des Gesetzes als Fahrlässigkeit bestrafen will, und wenn er ferner eine allgemeine Vermutung für die Gesetzeskenntnis aufstellt ⁸⁶⁾. Diese Präsumtion steht in direktem Widerspruch mit der psychologischen Zwangstheorie und giebt die aus ihr richtiger

⁸⁴⁾ So richtig BINDING Normen II S. 60 und 61 und OETKER Ueber den Einfluss des Rechtsirrtums S. 49 und 50.

⁸⁵⁾ Die angeführten Stellen sind entnommen aus FEUERBACH's Lehrbuch des peinlichen Rechts 14. Aufl. §§ 13, 15, 84.

⁸⁶⁾ a. a. O. § 57.

Weise zu ziehenden praktischen Folgerungen wieder vollkommen auf. Wie von verschiedenen Seiten ⁸⁷⁾ hervorgehoben worden ist, hätte FEUERBACH vielmehr folgerichtig zur Strafbarkeit nicht nur die Kenntnis von der Gesetzeswidrigkeit der Handlung, sondern sogar die von der Art und Grösse der Strafe verlangen müssen. Denn nur in diesem Falle würde der von der Verübung des Verbrechens abhaltende psychologische Einfluss in voller Stärke wirksam werden können ⁸⁸⁾.

Ebenfalls nicht konsequent ist HENKE's ⁸⁹⁾ Darstellung unserer Lehre, wenngleich sein Bestreben, die Billigkeit nicht einem ausnahmslos durchgeführten Prinzip zum Opfer zu bringen, Anerkennung verdient. HENKE will dem Staat das Recht zu strafen verweigern, „wenn das in Rede stehende Individuum auf eine Entschuldigung zulassende Weise mit der Strafdrohung unbekannt geblieben ist. Nun ist es freilich eine unbestreitbare Pflicht aller Staatsbürger, sich mit den Gesetzen des Staates bekannt zu machen, in welchem sie leben, so dass die aus Nichtkenntnis eines Gesetzes begangene Uebertretung desselben ihnen dennoch (wenigstens als eine fahrlässige) zugerechnet werden kann. Allein teils ist diese Fahrlässigkeit doch nicht bei allen und jeden Personen in gleichem Grade vorhanden, teils sinkt sie nach Verschiedenheit der Umstände bisweilen zu einem Nichts herab.“ Diesen Ausführungen gegenüber wird auf das oben gegen KLEINSCHROD Bemerkte Bezug genommen.

⁸⁷⁾ Vgl. z. B. OETKER a. a. O. S. 55 und HENKE Handbuch I S. 334.

⁸⁸⁾ Mit FEUERBACH im wesentlichen übereinstimmend BAUER Abhandlungen aus dem Strafrecht S. 251 ff.

⁸⁹⁾ HENKE Handbuch 1. Teil S. 332 ff.

Der Gedanke, bei der Frage der Zurechnung zwischen verschuldeter und unverschuldeter Unbekanntschaft mit dem Strafgesetz unterscheiden zu wollen, geht aus einem unklaren, durch Nichts zu rechtfertigenden Billigkeitsgefühl hervor. Hält man, wie HENKE⁹⁰⁾ dies thut, die Einsicht in die rechtliche Beschaffenheit der Handlung für eine unumgängliche Voraussetzung der Zurechnung, so kann auch bei der unverzeihlichsten Rechtsunkenntnis von Strafbarkeit keine Rede sein.

HEFFTER bringt wesentlich Neues nicht vor⁹¹⁾. Er schneidet prinzipiell die Berufung auf Rechtsunkenntnis ab. Nur besondere Lebensumstände, z. B. bisherige Abschlüssung von der menschlichen Gesellschaft, sollen den Einwand einer vollkommen entschuldigenden Rechtsunkenntnis begründen können.

KÖSTLIN's⁹²⁾ Darstellung wird von vornherein dadurch sehr viel klarer, als die seiner Vorgänger, dass er die Frage nach der Bedeutung des Rechtsirrtums streng aus der Lehre von der Handlung ausscheidet. Wie er richtig hervorhebt, liegt die verbrecherische Eigenschaft in der objektiven Natur der Handlung, weshalb sie nicht in den von dem sittlichen oder unsittlichen Charakter derselben an sich unabhängigen Begriff des Willens aufgenommen werden darf. Der grosse Vorzug dieser Ansicht besteht vor allem darin, dass sie keinerlei Präsumtionen bedarf, um zu einem praktisch brauchbaren Resultate zu kommen. Allein dieser richtige Standpunkt wird von KÖSTLIN selber sofort wieder aufgegeben. Indem er nämlich die Zurechnungsfähigkeit als das „Be-

⁹⁰⁾ HENKE a. a. O. S. 306.

⁹¹⁾ HEFFTER Lehrbuch § 55.

⁹²⁾ KÖSTLIN System des deutschen Strafrechts § 62.

wusstsein des an sich Rechts“ definiert und demgemäss die Behauptung aufstellt, dass sich kein Zurechnungsfähiger auf die Unkenntnis der Rechtswidrigkeit glaubhaft berufen könne, führt er indirekt die von ihm selber verworfene FEUERBACH'sche Präsumtion wieder ein. Diese aber geht, wie schon im § 4 hervorgehoben worden ist, von einer unrichtigen Voraussetzung aus. Es ist wohl zulässig, der Rechtsunkenntnis aus Rücksicht auf das Interesse der Gesamtheit keine Beachtung zu schenken, falsch aber ist die Behauptung, dass jeder zurechnungsfähige Mensch sämtliche Strafgesetze kenne, und dass deshalb der Einwand der Rechtsunkenntnis immer ein affektierter sein müsse. Dies braucht selbst bei schwereren Verbrechen durchaus nicht immer der Fall zu sein⁹³⁾. Damit aber ist die innere Unrichtigkeit der KÖSTLIN'schen Präsumtion nachgewiesen. Vollends aber wird diese dadurch fehlerhaft, dass KÖSTLIN nicht die Kenntnis von dem geltenden Rechte, sondern von dem „Recht an sich“ bei jedem Zurechnungsfähigen voraussetzt. Es kann hier dahin gestellt bleiben, ob es überhaupt zulässig ist, von einem „Recht an sich“ zu sprechen, jedenfalls wird niemand behaupten, dass dies bisher irgendwo verwirklicht sei. Das von KÖSTLIN in die Definition der Zurechnungsfähigkeit aufgenommene Merkmal gehört also gar nicht dem Gebiete des positiven Rechts, sondern höchstens der Rechtsphilosophie an⁹⁴⁾. Damit aber ist die praktische Brauchbarkeit dieses Begriffs für den Richter ausgeschlossen. Dieser darf, wenn er die Frage nach der Zurechnung einer Handlung beurteilen soll, seiner Entscheidung nicht „das Recht an sich“, son-

⁹³⁾ Vgl. auch BERNER Wirkungskreis S. 47.

⁹⁴⁾ Vgl. auch die Kritik von OETKER a. a. O. S. 59—61.

dern nur die positiven Gesetze zugrunde legen. Darüber hinaus würde, wie LUCAS⁹⁵⁾ mit Recht bemerkt, „die willkürliche Ansicht des Individuums in das Richteramt treten“. Den eigentlichen Verbrechen stellt KÖSTLIN die blossen Polizeivergehen gegenüber. Hier giebt er die Möglichkeit des Rechtsirrtums zu, will ihm aber mit Recht aus Rücksicht auf das Interesse des Staates keine Beachtung schenken.

Sehr unbefriedigend sind die Ausführungen TEMME's⁹⁶⁾, welcher davon ausgeht, dass in Beziehung auf die strafrechtliche Zurechnung ein Unterschied zwischen That- und Rechtsirrtum nicht zu erfinden sei. Indem er nämlich den Willen, das Gesetz zu verletzen, als eine absolut notwendige Voraussetzung der Strafbarkeit ansieht, erscheint es ihm ganz unerheblich, „ob der verbrecherische Wille fehle, weil der Thäter das Strafgesetz oder eine dessen Anwendung bedingende Thatsache nicht kannte“. In Wahrheit sind nun aber That- und Rechtsirrtum sehr wesentlich verschieden. Zwischen beiden besteht ein durchgreifender Unterschied: Bei ersterem handelt es sich um einen Irrtum über den Erfolg des Thuns, bei letzterem um einen solchen über die juristische Beschaffenheit der Handlung. TEMME täuscht sich über diese Verschiedenheit dadurch, dass er fälschlich das Bewusstsein der Gesetzesverletzung in die Definition des rechtswidrigen Willens aufnimmt, eine Behauptung, für welche er übrigens nicht den geringsten Beweis erbringt. Zu diesem einen Fehler kommt noch ein anderer viel bedenklicherer hinzu, nämlich die Gleichsetzung von sittlichem und

⁹⁵⁾ LUCAS a. a. O. S. 83.

⁹⁶⁾ TEMME Lehrbuch § 40.

strafrechtlichem Unrecht. TEMME meint ⁹⁷⁾, wem das sittliche Bewusstsein sage, dass er Unrecht thue, der wisse recht gut, dass er auch das Strafgesetz verletze. Hieraus folgert er, dass derjenige, welcher eine Handlung nicht für unsittlich hält, auch rechtlich dafür niemals verantwortlich gemacht werden kann, sofern er nicht etwa ausdrücklich das Strafgesetz gekannt hat. Wohin TEMME bei dieser Identifizierung von Recht und Moral die von BERNER sogenannten bedingt unsittlichen Handlungen, „deren Verwerflichkeit nur darin besteht, dass man dadurch unter den gegebenen Umständen eine bürgerliche Pflicht verletzt“, rubrizieren will, ist nicht ersichtlich. Im übrigen verlässt auch diese Ansicht, ganz wie die KÖSTLIN's, nur in noch höherem Grade den festen Boden des Rechts und führt in das schwankende Gebiet der Moral hinein. Sobald ein Angeklagter die Behauptung aufstellt, er habe die Verwerflichkeit seiner Handlungsweise nicht gekannt, wird dem Richter die unlösbare Aufgabe zugemutet, die sittlichen Anschauungen der Menschen, welche je nach der Lebensstellung und dem Charakter derselben verschieden geartet sind, festzustellen, um zu konstatieren, ob dieser Einwand wahr oder nur vorgeschützt sei. Da es nun aber keine ein für allemal fixierte Norm giebt, nach welcher entschieden werden kann, was sittlich oder unsittlich ist, so muss auch der gewissenhafteste Richter an die Stelle fester Grundsätze die Willkür treten lassen. Als Beweis, zu welch' haltlosen Resultaten die Ansicht TEMME's führt, mögen am besten seine eigenen Worte angeführt werden. Er sagt: „Das sittliche Bewusstsein, wie das Rechts-

⁹⁷⁾ TEMME a. a. O. S. 186.

bewusstsein eines Volkes sind gleichmässig Eigentum aller, also auch des Richters. Der freie und gerechte Richter wird daher nie fehlen, wenn er von seinem eigenen sittlichen Bewusstsein einen Schluss macht auf des vor seinem Richterstuhl stehenden Thäters, freilich manchmal (!) unter notwendiger Berücksichtigung der Individualität des letzteren.“ Von einer irgendwie festen und sicheren Rechtsprechung kann hiernach selbstverständlich nicht die Rede sein. Es kommt hinzu, dass auf Grund dieser Theorie jemand einen um so wirksameren Schutz gegen alle Strafe genießt, je laxer seine moralischen Anschauungen sind.

Mit Entschiedenheit und ohne Zuhilfenahme einer jeden unzulässigen Präsuntion hat dagegen BERNER von Anfang an bis zur neuesten Auflage seines Lehrbuchs der Berufung auf Unkenntnis des Gesetzes jeden Einfluss auf die Strafbarkeit abgesprochen⁹⁸⁾. Auch die Gründe, welche ihn dabei leiten, sind die richtigen. Er beantwortet die Frage nicht aus der Natur des rechtswidrigen Willens heraus. Das zu letzterem nicht gehörige Bewusstsein der Rechtswidrigkeit findet weder in seiner Definition vom Vorsatz, noch in der von der Absicht eine Stelle. Unter Vorsatz versteht er „den Willen als wirksame Ursache“, unter Absicht „den Willen in seiner Richtung auf den verbrecherischen Erfolg“⁹⁹⁾. Ausschlaggebend ist auch für BERNER lediglich das Interesse des Staates. Er sagt¹⁰⁰⁾: „Mit der Publikation bekommt der Staatswille erst die zum rechtlichen Gelten erforderliche Objektivität

⁹⁸⁾ Vgl. BERNER Wirkungskreis des Strafgesetzes § 5 und Lehrbuch 15. Aufl. § 122.

⁹⁹⁾ §§ 67 und 68 a. a. O.

¹⁰⁰⁾ § 122 a. a. O.

und die Bedeutung des Gesetzes. Zwar muss die Publikation den Individuen, welche dem Gesetze gehorchen sollen, eine Frist zur Kenntnissnahme gewähren. Mit dem Ablaufe dieser Frist muss aber die Berufung auf Unkenntnis des Gesetzes ausgeschlossen sein, wenn nicht die Herrschaft der Gesetze von dem Belieben und der Nachlässigkeit der Einzelnen abhängig werden soll¹⁰¹⁾.

Daneben wird von BERNER in sehr beachtenswerter Weise auch die erziehliche Kraft der Strafe betont. Er sagt: „Die öffentliche Ordnung kann sich gerade bei den polizeilichen Uebertretungen keine Ausnahmen von dieser Regel gefallen lassen. Wenn wirklich einmal ein zurechnungsfähiger Mensch irgend eine solche Uebertretung, eine gefährliche Handlung, eine öffentliche Anstandswidrigkeit in dem guten Glauben begeht, dass er damit nichts Unrechtes thue, so mag er durch die kleine Geld- oder Gefängnisstrafe, die man ihm auferlegt, Ordnung, Vorsicht, Anstand lernen“¹⁰²⁾.

¹⁰¹⁾ Vgl. auch BERNER „Wirkungskreis“ S. 47.

¹⁰²⁾ Denselben Standpunkt vertrat auch schon MÜHLENBRUCH im Archiv für civilistische Praxis. Er fordert zur Anwendung eines Strafgesetzes weiter nichts „als eine mit Bewusstsein und Willkür verübte, auf einen bestimmten Erfolg gerichtete Handlung“ (Bd. II S. 405). Ebenso hält es JARKE Handbuch (S. 139) legislativ für richtig, der Rechtsunkenntnis alle entschuldigende Kraft abzusprechen. Anderer Ansicht ist SAMHABER „Beiträge zur Strafgesetzgebung“ (S. 55). Er meint, es solle als Regel vermutet werden, dass der Verbrecher das Gesetz gekannt habe, daher habe dieser die Einrede der Unwissenheit zu beweisen. Gelingt ihm aber dieser Beweis, dann müsse richtiger Ansicht nach jede Zurechnung der Handlung zur Schuld aufgehoben werden. — Ganz konsequent dagegen und mit gewohnter Klarheit wird unsere Lehre von WÄCHTER Gerichtssaal 1864 behandelt. Er bezieht die Schuld richtig nur auf die objektive Seite des Delikts und definiert dem-

Besondere Beachtung verdienen HÄLSCHNER's ¹⁰³⁾ Ausführungen, welche hier jedoch nur angedeutet zu werden brauchen, da sie schon oben in einem anderen Zusammenhange besprochen worden sind. HÄLSCHNER betrachtet weder die Kenntniss des Strafgesetzes noch die der Rechtswidrigkeit einer Handlung als Voraussetzungen der Schuld. Dagegen wird von ihm ein weit weniger konkretes und weit weniger bestimmtes Merkmal, als es die genannten beiden Begriffe sind, in die Strafrechtswissenschaft eingeführt: HÄLSCHNER hält nämlich nur denjenigen Willen für schuldhaft, welcher sich „wider die erkannte Pflicht bestimmt“ ¹⁰⁴⁾. Daraus folgert er, dass „wirklicher Mangel der Pflichterkenntnis die Schuld und mit ihr unvermeidlich die Strafbarkeit einer Handlung ausschliesst“. Auf diese Argumentation ist zweierlei zu erwidern. Das Bewusstsein der Pflichtwidrigkeit kommt ebensowenig, wie das der Normwidrigkeit oder der Strafbarkeit oder ähnlicher synonymen Begriffe, für das Kausalverhältnis von Willen und That in Betracht. Des näheren wird hier auf das im § 4 gegen BINDING Bemerkte Bezug genommen. Ferner aber kommt hinzu, dass das von HÄLSCHNER zum Thatbestandsmerkmal des schuldhaften Willens erhobene Bewusstsein der Pflichtwidrigkeit als ein viel zu unbestimmter und vager Begriff für das Recht nicht brauchbar ist (vgl. darüber ebenfalls die Ausführungen im § 4).

Derselben Ansicht, wie HÄLSCHNER, ist auch HEINZE ¹⁰⁵⁾.

gemäss dolus als „den auf Verletzung des betreffenden vom Gesetze geschützten Gutes gerichteten Willen“ (S. 56).

¹⁰³⁾ HÄLSCHNER Das gemeine deutsche Strafrecht § 113 ff.

¹⁰⁴⁾ § 113 a. a. O.

¹⁰⁵⁾ HEINZE Gerichtssaal Bd. XIX S. 397 ff.

ÖSENBRÜGGEN¹⁰⁶⁾, SCHWARZE¹⁰⁷⁾ und GESSLER¹⁰⁸⁾ stimmen in dem für uns wesentlichsten Punkte überein. Sie nehmen sämtlich an, dass der Wille, eine bestimmte That zu begehen, nicht hinreiche, um den Thäter straffällig zu machen, da in der blossen Vornahme einer Handlung noch kein Angriff auf die Rechtsordnung liege. Dazu gehöre vielmehr noch ein weiteres Erfordernis, nämlich die gleichzeitige Kenntniss einer Beziehung des Inhalts dieser Handlung zum Recht. Sie weichen nur in der Frage von einander ab, welcher Grad dieser Kenntniss zur Strafbarkeit zu verlangen sei. Während SCHWARZE und ÖSENBRÜGGEN sich mit dem Bewusstsein der Rechtswidrigkeit begnügen, geht GESSLER darüber hinaus. Er hält es für erforderlich, dass sich der Thäter auch bewusst gewesen sei, seine Handlung könne möglicherweise die Strafgewalt des Staates gegen ihn hervorrufen. Demgemäss stellt er als unerlässliche Voraussetzung der Strafbarkeit das Bewusstsein des Thäters von der Strafwürdigkeit seiner That hin. Die Kenntniss des Strafgesetzes selbst zu verlangen, hält GESSLER für falsch. Der Begriff „Strafwürdigkeit“ ist für das Recht jedoch ebensowenig zu brauchen, als der der „Pflichtwidrigkeit“. Der Staat würde damit die Anwendung seiner Strafgesetze von der persönlichen Ueberzeugung der Einzelnen abhängig machen. Ihre Anschauungen darüber, ob eine Handlung Strafe verdiene oder nicht, würden für den Richter bindend sein müssen, — ein sicherlich unhaltbarer

¹⁰⁶⁾ ÖSENBRÜGGEN Abhandlungen aus dem deutschen Strafrecht Bd. I § 6.

¹⁰⁷⁾ SCHWARZE Kommentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich 5. Aufl. Anm. 13 zu § 59.

¹⁰⁸⁾ GESSLER Gerichtssaal Bd. X S. 217 ff. Derselbe „Über den Begriff und die Arten des Dolus“ § 14.

Standpunkt. Auch dürfte, wie HEINZE ¹⁰⁹⁾ mit Recht hervorhebt, GESSLER wohl in Verlegenheit sein, wie er denjenigen bestrafen soll, welcher die von ihm begangene Handlung zwar für strafwürdig, infolge eines Irrtums über das positive Recht aber dennoch für straflos hält. Abgesehen von diesem Hauptfehler macht sich auch GESSLER der immer wiederkehrenden Inkonsequenz schuldig, dass er zwischen verschuldetem und unverschuldetem Mangel des Bewusstseins der Strafwürdigkeit unterscheidet. Im letzteren Falle will er die Strafe ganz ausschliessen, im ersteren dagegen nach Analogie der Fahrlässigkeitsverbrechen strafen ¹¹⁰⁾. Endlich sei noch bemerkt, dass auch GESSLER, wie bei seiner Theorie ganz natürlich ist, der Präsumtionen nicht entraten kann. Denn da es in vielen Fällen unmöglich sein wird, dem Thäter positiv zu beweisen, dass er sich der Strafwürdigkeit seiner Handlungsweise bewusst gewesen sei, so bleibt GESSLER nichts übrig, als eine allgemeine Vermutung dafür aufzustellen. Von diesem Fehler halten sich zwar SCHWARZE und OSENBRÜGGEN frei, aber auch sie nehmen, wie schon bemerkt, unzulässigerweise das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit als notwendig zum Dolus gehörig an.

OSENBRÜGGEN begründet seine Ansicht damit ¹¹¹⁾, dass unsere heutigen Strafgesetzbücher eine ganze Anzahl Verbrechen aufführten, deren Verwerflichkeit nicht schon in der Rechtsidee wurzele, sondern welche nur aus kriminalpolitischen oder ähnlichen Gründen verboten seien. Daher könne nur derjenige, welcher zu behaupten wage,

¹⁰⁹⁾ HEINZE Gerichtssaal 13. Jahrgang S. 418.

¹¹⁰⁾ GESSLER „Über den Begriff und die Arten des Dolus“ § 14. Vgl. dagegen die treffende Kritik OETKER's a. a. O. S. 66—68.

¹¹¹⁾ a. a. O. § 6.

dass das Strafgesetzbuch seines Landes ganz der Idee der Gerechtigkeit entspräche, den Satz: „Ignorantia juris nocet“ mit der Strenge, wie es BERNER thue, durchführen wollen. Dieser gegen BERNER erhobene Vorwurf ist unbegründet und beweist, dass OSENBRÜGGEN den springenden Punkt in den Ausführungen dieses Gelehrten gar nicht erfasst hat. BERNER verwirft die Berücksichtigung des Rechtsirrtums lediglich aus Rücksicht auf das Interesse des Staats oder, um seine eigenen Worte anzuführen, „weil das Interesse der öffentlichen Ordnung dergestalt vorwiegend sei, dass ein subjektiver Rechtsirrtum dagegen bedeutungslos erscheint“¹¹²⁾. Der ihm von OSENBRÜGGEN untergeschobene Gedanke spielt in seinen Ausführungen gar keine Rolle.

Verfehlt sind auch die Ausführungen DALKE's¹¹³⁾. DALKE geht umgekehrt, wie OSENBRÜGGEN, davon aus, dass das Strafgesetz nur solche Handlungen bestrafe, deren Verwerflichkeit schon vorher allgemein anerkannt sei. Daher müsse jeder normal veranlagte Mensch den kriminellen Charakter einer Handlung erkennen, auch wenn ihm das betreffende Strafgesetz selbst unbekannt sei. Anders dagegen stehe es bei Polizeiübertretungen. Diese seien nicht „Unrecht an sich“, sondern nur „mögliches Unrecht“, indem sie „nur gefährliche Handlungen“ verböten. Strafbares Unrecht würden sie erst durch das Gesetz. Hier sei also die Kenntnis des Strafgesetzes selbst Voraussetzung der Zurechnung. Da DALKE aber selbst fühlt, dass die Berücksichtigung des Rechtsirrtums gerade bei Polizeivergehen die öffentliche Ordnung auf das schwerste erschüttern muss, so macht er die Ein-

¹¹²⁾ BERNER Wirkungskreis S. 47.

¹¹³⁾ DALKE in Goltdammer's Archiv Bd. VI S. 63—72.

schränkung, dass nur unvermeidliche Unkenntnis ein Strafausschliessungsgrund sein solle. Diese Unvermeidlichkeit werde jedoch beseitigt durch die Publikation des Gesetzes. Daher trete mit dieser die Präsumtion ein, dass jedermann das Gesetz kenne. — Dieser Auseinandersetzung fehlt es an jedem irgendwie festen Prinzip. Es kehrt darin in so offener Weise, wie seit FEUERBACH wohl kaum irgendwo, die im Strafrecht unzulässige Präsumtion, sowie die falsche Unterscheidung zwischen verschuldeter und unverschuldeter Rechtsunkenntnis wieder. Diese Fehler sind nun schon so oft hervorgehoben worden, dass ein nochmaliges Eingehen auf sie erübrigt.

Ganz klar und logisch dagegen wird unsere Lehre endlich von DRENKMANN¹¹⁴⁾ behandelt. Er definiert den Vorsatz richtig „als den auf Eintritt des verbrecherischen Erfolges gerichteten Willen“ (S. 168). Das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit findet also in dieser Definition keine Stelle. Nach dieser korrekten Begriffsbestimmung des Dolus ergibt sich die weitere richtige Lösung der in Rede stehenden Frage für DRENKMANN von selbst. Ebenso wie BERNER, so nimmt auch er an, dass das Interesse der öffentlichen Ordnung die Nichtberücksichtigung der Rechtsunkenntnis dringend erfordere. Diesen Gedanken führt er ganz konsequent durch, ohne zwischen verschuldetem und unverschuldetem Irrtum oder zwischen Unkenntnis eines Strafgesetzes und falscher Auslegung desselben zu unterscheiden.

Die gegebene kurze Dogmengeschichte dürfte ausreichend sein, um die Entwicklung unserer Lehre bis zum Reichsstrafgesetzbuch hin in Umrissen darzuthun.

¹¹⁴⁾ DRENKMANN in Goltdammer's Archiv Bd. VIII S. 364 ff.

§ 8.

Kritische Darstellung des geltenden Rechts.

Unsere Betrachtung hat sich nunmehr endlich dem praktisch wichtigsten Punkte zuzuwenden, nämlich der Untersuchung der Frage, welches der Standpunkt unseres heute in Deutschland geltenden Strafgesetzbuches sei. Zuvor aber erscheint es angemessen, einen flüchtigen Blick auf die preussische Gesetzgebung zu werfen.

Die in Betracht kommenden Vorschriften des Landrechts lauten folgendermassen: „Eine absichtliche Verletzung der öffentlichen oder Privatsicherheit kann durch die Unwissenheit der Gesetze nicht entschuldigt werden.“ „Sonst trifft die Strenge der Gesetze nur den, welcher das Strafgesetz zu wissen schuldig und imstande gewesen ist“ (II 20 §§ 10 und 11). Diese Bestimmungen sind wenig klar und lassen die verschiedensten Deutungen zu, insbesondere gestattet der Begriff der „öffentlichen und Privatsicherheit“ dem richterlichen Ermessen den freiesten Spielraum. Die verschiedenen Interpretationen, welche man versucht hat, interessieren uns hier nicht. Für uns ist nur von Wichtigkeit, das den genannten Paragraphen zugrunde liegende Prinzip ins Auge zu fassen, und dies stimmt im wesentlichen mit der herkömmlichen Theorie überein. Das Landrecht teilt nach angeblicher Analogie des römischen Rechts die Delikte in 2 Klassen, bei der einen will es den Einwand der Rechtsunkenntnis zulassen, bei der anderen dagegen ausschliessen. Nur schob es dem Begriff der *delicta juris gentium* einen anderen, aus naturrechtlicher Abstraktion gewonnenen unter. Die spätere preussische Gesetzgebung verliess jedoch diesen Standpunkt und legte der Behandlung des Rechtsirrtums

ein anderes Prinzip zu grunde. Es geht von der Frage aus, ob der Thäter nach seinen Verhältnissen imstande gewesen sei, die Strafbarkeit seiner Handlung kennen zu lernen oder nicht. Nur gänzlich schuldlose Unwissenheit sollte von Strafe befreien (vgl. den § 110 des sogenannten Ministerial-Entwurfs von 1836). Endlich liess man auch diese Beschränkung fallen und mass der Berufung auf Rechtsunkenntnis in keinem Falle mehr irgendwelche Bedeutung bei. Wir sehen mithin, dass der Satz BINDING's: „Keine Schuld und demgemäss keine Strafe ohne das Bewusstsein von der Rechtswidrigkeit der Handlung“ auch in der Geschichte des preussischen Strafrechts keinen Stützpunkt findet. — Diese Thatsache würde zwar nicht ausschliessen, dass der Reichsgesetzgeber, indem er sich von der geschichtlichen Tradition losgesagt, dennoch die Gesetzeskenntnis zur Voraussetzung der Strafbarkeit gemacht hätte. Allein diese Annahme ist von vornherein sehr unwahrscheinlich.

Von SCHWARZE ¹¹⁵⁾, dessen Worte wegen der Beteiligung dieses hervorragenden Mannes an der Herausgabe des Reichsstrafgesetzbuchs besondere Beachtung verdienen, äussert sich über das Verhältnis desselben zu dem ihm vorausgegangenen Recht folgendermassen: „Keineswegs ist mit dem Gesetzbuch eine Aufhebung der Kontinuität in den wissenschaftlichen Forschungen ausgesprochen worden, keineswegs steht es auf einem völlig selbstständigen, neugeschaffenen Boden, es beansprucht nicht diese Unabhängigkeit, wie letztere auch ihm und seiner Fortbildung schaden würde. Dasselbe gilt von der älteren Praxis, insbesondere der des preussischen Gesetzbuchs.

¹¹⁵⁾ V. SCHWARZE Kommentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich 5. Aufl. S. IV und V.

In der Aufrechterhaltung der Kontinuität des Gesetzbuchs mit seinen vorstehend bezeichneten Grundlagen liegt ein wesentliches Hilfsmittel für seine Auslegung, auf ihnen beruht das Gesetzbuch auch da, wo vielleicht die Wortfassung desselben keinen äusserlich erkennbaren Anlass zu einem Rückgriff auf das frühere Recht und dessen Praxis darbietet“ ¹¹⁶⁾).

Der Weg, welchen unsere Untersuchung im folgenden einzuschlagen hat, ergibt sich aus dem früher Gesagten ganz von selbst.

Wir haben zunächst zu untersuchen, was das Gesetz unter „Vorsatz“ versteht. Finden wir dabei, dass es sich von dem richtigen Begriff desselben nicht entfernt und demgemäss das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit nicht zu einem Begriffsmerkmal der Schuld gemacht hat, so bleibt uns weiter zu fragen übrig, ob es nicht etwa neben dem Vorsatz noch dieses Bewusstsein zur Strafbarkeit verlangt. Haben wir auch diese Frage zu verneinen, so ist endlich zu prüfen, ob es nicht vielleicht allgemein und schlechthin die Unkenntnis des Gesetzes unter die Schuld ausschliessungsgründe aufgenommen hat.

A.

Das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit auch nach deutschem Reichsstrafrecht kein Begriffsmerkmal des Vorsatzes.

Das Reichsstrafgesetzbuch giebt uns ebensowenig, wie das ihm vorausgegangene preussische, eine Definition des Vorsatzes.

¹¹⁶⁾ Vgl. auch GLASER Handbuch des Strafprozesses Bd. I Vorwort S. VII und VIII.

Daraus dürfen wir aber nicht schliessen, dass es von dem in der juristischen Wissenschaft als richtig anerkannten Begriff hat abweichen wollen, vielmehr lehrt dies Schweigen im Gegenteil, dass es die weitere Ausbildung der Lehre vom Dolus gerade der Wissenschaft zu überlassen gedachte. Dies wird auch ausdrücklich von GOLTDAMMER bezeugt, indem er sagt¹¹⁷⁾: „Man ist davon ausgegangen, dass die Lehre vom Dolus und der Culpa vorzugsweise der Doktrin angehörten, und dass ihre Behandlung im Gesetzbuch die Gefahr herbeiführen würde, entweder zu viel oder zu wenig zu geben und dadurch die richterliche Beurteilung zu sehr zu beschränken.“

Bei dieser Sachlage sind wir berechtigt, sofern nicht andere gesetzliche Bestimmungen dem etwa entgegenstehen sollten, den logisch korrekten Begriff des Vorsatzes, wie wir ihn im § 4 darzulegen versucht haben, als auch unserem Gesetzbuch zugrunde liegend zu betrachten.

Diese Ansicht wird nicht allgemein geteilt, vielmehr ist die Behauptung aufgestellt worden, dass, wenn auch nirgends eine Definition vom Vorsatz im Gesetz gegeben wird, dennoch aus anderen Bestimmungen desselben gefolgert werden kann, dass es das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit zu einem Begriffsmerkmal des vorsätzlichen Willens erhoben habe. Als Beweis für diese Behauptung werden namentlich die §§ 56 und 57 des R.-St.-G.-B.'s angeführt, welche die Bestrafung jugendlicher Personen davon abhängig machen, dass dieselben bei Begehung einer strafbaren Handlung die zur Erkenntnis ihrer Strafbarkeit erforderliche Einsicht besitzen.

¹¹⁷⁾ GOLTDAMMER Materialien I S. 216.

Zu diesem Paragraphen bemerkt ORTMANN ¹¹⁸⁾: „Wenn das Gesetz unter Zurechnungsfähigkeit nur die zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderliche Einsicht versteht, wenn es also die Zurechenbarkeit einer That zur culpa criminalis bedingt sein lässt durch die Möglichkeit der Erkenntnis der Strafbarkeit dieser That, so wird man hieraus unbedenklich den Schluss ziehen dürfen, dass es die Zurechenbarkeit einer That zum dolus criminalis abhängig machen will von der wirklichen Erkenntnis der Strafbarkeit dieser That.“ Diese ganze Deduktion erscheint hinfällig.

Wenn auch zugegeben werden muss, dass das ausdrücklich nur im § 56 hervorgehobene Requisit der Einsicht in die Strafbarkeit als ein allgemein gültiges Erfordernis der Zurechnungsfähigkeit zu gelten hat ¹¹⁹⁾, so ist es dennoch verfehlt, wenn ORTMANN in diesem Paragraphen eine erschöpfende Definition der Zurechnungsfähigkeit finden will. Eine solche giebt unser Gesetzbuch überhaupt nicht, vielmehr beschränkt es sich mit gutem Grunde lediglich darauf, im § 51 nur nach der negativen Seite hin festzusetzen, in welchen Fällen es dieselbe als nicht vorliegend erachtet.

Nachdem dies festgestellt ist, fragt es sich weiter, ob der § 56 nun nicht wenigstens für jugendliche Personen den Begriff der Zurechnungsfähigkeit erschöpfend bestimme. Aber auch diese Frage dürfte zu verneinen sein. Es giebt nicht verschiedene Arten und Grade der Zurechnungsfähigkeit. Soll eine Person

¹¹⁸⁾ ORTMANN Gerichtssaal Bd. XXX S. 31 ff. Im wesentlichen mit ihm übereinstimmend ORTLOFF im Gerichtssaal Bd. XXXIV S. 401 ff.

¹¹⁹⁾ Vgl. BERNER Lehrbuch 15. Aufl. S. 80 § 45.

unter 18 Jahren als zurechnungsfähig bezeichnet werden, so muss an sie derselbe geistige und sittliche Massstab gelegt werden, wie an eine Person über 18 Jahre. Es wäre deshalb verfehlt, wenn ein Gesetz Bestimmungen über die Zurechnungsfähigkeit jugendlicher Personen treffen würde, welche nur für diese gelten sollten. Dies würde aber unser Gesetzgeber gethan haben, wenn er uns in dem § 56 eine erschöpfende Definition von der Zurechnungsfähigkeit jugendlicher Personen gegeben hätte, da wir nicht berechtigt sind, dem Paragraphen eine weitere Ausdehnung zu geben, als seinem Wortlaut entspricht. Dass unser Gesetzbuch in Wahrheit aber in diesen Fehler nicht verfallen ist, darüber belehrt uns die Entstehungsgeschichte des § 56, wie sie uns OLSHAUSEN ¹²⁰⁾ darlegt. Danach ging die Absicht des Gesetzgebers nur dahin, „durch eine positive Vorschrift den Richter zu nötigen, bei jugendlichen Personen die Frage der Zurechnungsfähigkeit in jedem Falle einer speziellen Prüfung zu unterziehen.“ Um diesen Zweck mit Sicherheit zu erreichen, hebt der Gesetzgeber die zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderliche Einsicht als ein wesentliches Moment der Zurechnungsfähigkeit, welches sich bei normalen erwachsenen Personen von selbst versteht, bei jugendlichen besonders hervor. Indem er durch diese Bestimmung den Richter nötigt, bei jeder Verurteilung eine besondere Feststellung darüber im Urteil zu treffen, gewährt er zugleich einen Schutz dagegen, noch nicht zurechnungsfähige jugendliche Personen bereits als solche anzusehen. Lediglich aus diesem rein praktischen Grunde sind die besprochenen Worte im Gesetz besonders her-

¹²⁰⁾ OLSHAUSEN Kommentar zum Reichsstrafgesetzbuch 2. Aufl., Bd. I Anm. 1 und 4 zu § 56.

vorgehoben, den Begriff der Zurechnungsfähigkeit hat aber der Gesetzgeber damit auch für jugendliche Personen nicht erschöpfen wollen. Dies übersehen zu haben, ist der erste Fehler der Interpretation ORTMANN's.

Ferner aber wirft er fehlerhafterweise den Begriff der Zurechnungsfähigkeit mit dem der Schuld zusammen. Zwischen diesen beiden Begriffen existiert aber weiter gar kein Zusammenhang, als dass Zurechnungsfähigkeit vorhanden sein muss, bevor von Schuld gesprochen werden kann. Aus jener aber die Unterscheidungsmerkmale zwischen den beiden Schuldarten, Vorsatz und Fahrlässigkeit, herleiten zu wollen, wie ORTMANN dies thut, ist gänzlich verfehlt.

Fassen wir das Ausgeführte noch einmal kurz zusammen: Der § 56 hebt aus praktischen Rücksichten ein wesentliches Moment der strafrechtlichen Zurechnungsfähigkeit für jugendliche Personen besonders hervor, ohne jedoch deren Wesen erschöpfen zu wollen; über den Begriff der Schuld aber sagt er uns gar nichts aus.

Betrachten wir nun dies vom Gesetz hervorgehobene und damit von ihm für besonders wichtig erklärte Moment etwas näher. Der Gesetzgeber macht die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit jugendlicher Personen davon abhängig, dass dieselben bei Begehung einer strafbaren Handlung die zur Erkenntnis ihrer Strafbarkeit erforderliche Einsicht besitzen. Der Sinn dieser Worte ist durchaus klar, er ergibt evident, dass das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit selbst kein Begriffsmerkmal der Zurechnungsfähigkeit ist. Indem nämlich das Gesetz bestimmt, dass jugendliche Delinquenten, sobald die zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderliche Einsicht vorhanden ist, strafrechtlich ver-

antwortlich sein sollen, so erklärt es damit stillschweigend die Erkenntnis der Strafbarkeit selbst für überflüssig. Nicht die Wissenschaft von der übertretenen Rechtsnorm wird gefordert, sondern nur ein bestimmter Grad der Intelligenz, eine gewisse sittliche Reife und ein bereits entwickeltes Verständnis von dem Wesen der staatlichen Autorität. Hält nun aber das Gesetz nicht einmal bei jugendlichen Personen die Erkenntnis der Strafbarkeit für erforderlich, um wieviel weniger kann diese da erst bei Erwachsenen verlangt werden? Wir haben also in dieser Stelle einen direkten Beweis dafür, dass das Gesetz davon absieht, das Bewusstsein der Rechtsverletzung zur Voraussetzung der Zurechnungsfähigkeit zu machen.

Sehen wir nun endlich zu, wie BINDING die besprochenen Paragraphen interpretiert. Nach seiner Auffassung ist, wie früher erwähnt, die notwendige und unerlässliche Voraussetzung der Zurechnungsfähigkeit die Kenntnis des Täters von der übertretenen Norm, nicht aber auch die von dem Strafgesetze. Diese Theorie, welche BINDING de lege ferenda für die allein richtige hält, ist seiner Ansicht nach auch die von unserem Reichsstrafgesetzbuch akzeptierte. Er sagt ¹²¹⁾ bei Besprechung des § 56: „Sofort erheben sich die Fragen: Ist denn nun in Wahrheit die zur Erkenntnis der Strafbarkeit nötige Einsicht als Voraussetzung der Zurechnungsfähigkeit nach deutschem Reichsrecht zu verlangen oder bedürfen die §§ 56 bis 58 einer berichtigenden Erklärung? Die letzte ist zu bejahen, die erste zu verneinen. Nichts deutet darauf hin, dass das Reichsgesetz den Begriff der Zurechnungsfähigkeit mehr als nötig einengen will, hätte es dies gewollt

¹²¹⁾ BINDING Normen II S. 82.

und gethan, so müsste zum Vorsatz Bewusstsein der Strafbarkeit erfordert werden, was zweifellos im Gesetze nicht geschieht. Und so darf der richtige Begriff der Zurechnungsfähigkeit zugleich als der vom gemeinen deutschen Strafrecht approbierte angesehen werden.“ In diesen Worten kehrt zunächst derselbe Fehler wieder, welchen wir bereits vorher ORTMANN gegenüber hervorgehoben haben, nämlich die Verwechslung von Zurechnungsfähigkeit und Schuld.

Ferner aber fragen wir, woher entnimmt BINDING das Recht, an Stelle des Wortes Strafbarkeit in dem § 56 den Begriff Norm- oder Rechtswidrigkeit zu setzen? Dass er dieses Requisit prinzipiell für das richtigere hält, kann doch unmöglich ein Grund dafür sein, es in unser Gesetzbuch gegen den klaren Wortlaut desselben hineinzupretieren. Da bei BINDING diese fehlerhafte Interpretationsweise sich häufig wiederholt, — auch bei der Besprechung des § 59 des R.-St.-G.-B.'s kehrt sie wieder, — so dürfte es nicht überflüssig erscheinen, dagegen ein für allemal die folgenden treffenden Worte anzuführen, mit denen FISCHER ¹²²⁾ diese Art, die Gesetze auszulegen, zurückweist:

„Die in der Theorie und noch mehr in der Praxis stehend gewordene Phrase, „daran hat der Gesetzgeber wohl nicht gedacht“ oder „das hat der Gesetzgeber offenbar gewollt,“ ist nichts als ein billiges Mittel, um gegen oder für eine bestimmte Gesetzesauffassung ohne objektive Gründe streiten zu können. Eine solche Anschauung lässt in ihrem Ergebnis jenen mythischen Gesetzgeber stets und überall als einen Menschen erscheinen, der zwar von den im Sinn des betreffenden Auslegers

¹²²⁾ FISCHER Lehrbuch des preussischen Privatrechts S. 21.

besten Anschauungen und zweckmässigsten Absichten be-seelt war, dem jedoch im hohen Grade die Fähigkeit ab-ging, sich in klarer und richtiger Weise zu äussern.“ Für unsere Stelle ist die BINDING'sche Auslegung um so fehlerhafter, als die Motive (S. 73) ganz ausdrück-lich betonen, „der Thäter müsse imstande gewesen sein, zu erkennen, dass er sich durch Begehung der Handlung einer Kriminalstrafe aussetze.“ Gerade um aus-zudrücken, dass die Fähigkeit, das Rechte vom Un-rechten zu unterscheiden, zur Annahme der Zurechnungs-fähigkeit nicht genüge, hat das Reichsgesetz den im preussischen Strafgesetzbuch gebrauchten Ausdruck: „Un-terscheidungsvermögen“ mit dem von ihm gewählten ver-tauscht.

Auch mag endlich noch hervorgehoben werden, dass das Gesetz den Begriff der „Normwidrigkeit“ gar nicht verwertet haben kann, da die Unterscheidung zwischen Normwidrigkeits- und Strafbarkeitsmerkmalen erst durch das im Jahre 1872, also nach der Herausgabe des Reichs-strafgesetzbuchs, erschienene BINDING'sche Buch: „Die Normen und ihre Uebertretung“ in die Strafrechtswissen-schaft eingeführt ist.

BINDING's Auslegung ist demnach nach zwei Richtungen hin fehlerhaft: Das Gesetz spricht einmal nicht, wie er behauptet, von Normwidrigkeit, sondern von Strafbarkeit, sodann aber verlangt es weder, dass die Normwidrigkeit noch dass die Strafbarkeit der Handlung vom Thäter wirklich erkannt ist, sondern es begnügt sich damit, die zu dieser Erkenntnis erforderliche Einsicht zu fordern.

Die hier vertretene Auffassung ist auch vom Reichs-gericht gebilligt worden. Im 15. Band der Entscheidungen S. 98 heisst es: „Irrig ist die Annahme, dass die Vor-

schrift im § 56 Absatz 1 zur Strafbarkeit die Erkenntnis des Verbrechensbegriffs erheische; das Gesetz fordert nach seinem klaren Wortlaut nicht, dass der Angeschuldigte die Strafbarkeit seiner Handlung eingesehen habe, sondern nur, dass er vermöge der ihm beiwohnenden Einsicht imstande gewesen sei, die Strafbarkeit zu erkennen ¹²³).

Hiermit haben wir die erste der drei oben aufgeworfenen Fragen erörtert und können sie kurz dahin beantworten: Es liegt kein Grund zu der Annahme vor, dass unser Gesetzbuch von dem wissenschaftlich richtigen Begriff des Vorsatzes abgewichen sei und das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit als ein wesentliches Begriffsmerkmal desselben betrachtet habe.

B.

Das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit ein Erfordernis nur bei denjenigen Delikten, bei welchen das Gesetz selbst das Moment der Rechtswidrigkeit in den besonderen Thatbestand aufgenommen hat.

Wir gehen nunmehr zur Beantwortung der zweiten Frage über, nämlich ob das Gesetzbuch neben dem Vorsatz das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit zur Straf-

¹²³) Direkt und mit aller Entschiedenheit gegen BINDING wendet sich das Reichsgericht in einer Entscheidung vom 17. Januar 1887 Bd. XV S. 159.

Die im Text vertretene Ansicht deckt sich ganz mit den BERNER'schen Ausführungen. BERNER hält es ebenfalls nicht für erforderlich, dass „der Thäter die Höhe der Strafbarkeit oder das Verhältnis seiner That zum Gesetze erkennen konnte“, notwendig ist nur, dass „er den kriminellen Charakter seiner Handlung“ zu begreifen imstande war (Lehrbuch § 44 S. 77 oben und Anm. 1).

barkeit erfordere. Eine allgemein dies aussprechende Bestimmung existiert nicht, wohl aber hat das Gesetz das Wort: „Rechtswidrig“ ausdrücklich in den Thatbestand bestimmter einzelner Verbrechen aufgenommen. Der § 59 des R.-St.-G.-B.'s, welchen wir sogleich ausführlich besprechen müssen, hier aber nur kurz erwähnen wollen, enthält nun die Bestimmung, dass, wenn jemand bei Begehung einer strafbaren Handlung das Vorhandensein von Thatumständen nicht kannte, welche zum gesetzlichen Thatbestande gehören, ihm diese Umstände nicht zuzurechnen seien.

Demnach muss, sobald das Gesetz das Merkmal der Rechtswidrigkeit in den gesetzlichen Thatbestand eines Verbrechens aufgenommen hat, sich das Wissen und Wollen des Thäters auch auf dieses mit erstrecken, widrigenfalls die strafrechtliche Zurechnung ausgeschlossen ist.

Dieser Ansicht wird gleichfalls nicht allgemein zugestimmt. So wendet beispielsweise LUCAS¹²⁴⁾, welcher im übrigen ganz auf dem hier vertretenen Standpunkt steht, folgendes dagegen ein: „Wenn in einer Reihe von Strafvorschriften die Rechtswidrigkeit oder mangelnde Befugnis ausdrücklich hervorgehoben ist, so ist dies vom streng juristischen Standpunkt aus überflüssig und nur aus praktischer legislatorischer Vorsicht geschehen, hat jedoch nicht die Bedeutung, dass das Erfordernis der Rechtswidrigkeit der That auf diese Bestimmungen eingeschränkt werden sollte. Vielmehr ist es ein anerkannter Satz, dass objektiv zu dem Thatbestande einer strafbaren Handlung gehört, dass dieselbe rechtswidrig sei.“ Nachdem er dies ausgeführt, fährt er dann im § 16 S. 92

¹²⁴⁾ LUCAS Die subjektive Verschuldung § 14 S. 60 und 61.

fort: „Das »Widerrechtlich« hat also überhaupt keine besondere sachliche Bedeutung, es ist ein Superfluum, hervorgerufen durch einen Akt legislatorischer Vorsicht, welche bei Thatbeständen, hinsichtlich deren die Berechtigungsfrage besonders häufig und wichtig ist, jedes Missverständnis von vornherein unmöglich machen und die Aufmerksamkeit des Richters auf diese Frage besonders hinlenken wollte. Diese Thatbestände folgen also hinsichtlich der Wirkung des Rechtsirrtums lediglich den allgemeinen Regeln.“

Diese Meinung ist nicht zu billigen. Unzweifelhaft hat LUCAS darin Recht, dass die Rechtswidrigkeit zu den notwendigen Begriffsmerkmalen eines jeden Verbrechens gehört, so dass eine besondere Hervorhebung dieses Erfordernisses im Gesetz nicht notwendig ist. Aber gerade dieser Umstand sollte ihm beweisen, dass der Gesetzgeber da, wo er von diesem Satze abgewichen ist und das Merkmal der Rechtswidrigkeit dennoch in den besonderen Thatbestand aufgenommen hat, gewiss dazu einen triftigen Grund gehabt haben muss. Aber mag dem sein, wie ihm wolle, keinesfalls sind wir berechtigt, die Hinzufügung des Wortes: „Rechtswidrig“ im Gesetze, wie LUCAS dies thut, einfach als nicht vorhanden anzusehen. Allerdings kann nicht verkannt werden, dass die ganze Lehre von der Rechtswidrigkeit in unserem Gesetzbuch nicht nach festen, deutlich erkennbaren Prinzipien behandelt ist, dass sie „der inneren Folgerichtigkeit“¹²⁵⁾ entbehrt. Die Erkenntnis dieses Mangels wird sicherlich auch für eine spätere Gesetzgebung sehr gut verwertet werden können, sie darf uns aber nicht veranlassen, in ein geltendes Gesetzbuch hinein zu interpretieren, was mit dem klaren

¹²⁵⁾ v. LISZT a. a. O. S. 132.

Wortlaut desselben im Widerspruch steht ¹²⁶⁾). Wir müssen vielmehr sagen, dass überall da, aber auch nur da, wo unser Gesetzgeber das Merkmal der Rechtswidrigkeit in den besonderen gesetzlichen Thatbestand aufgenommen hat, neben dem Vorsatz noch das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit zur Strafbarkeit zu fordern und daher beim Fehlen desselben gemäss § 59 des R.-St.-G.-B.'s die Strafe auszuschliessen ist.

Auf diesem Standpunkt steht ganz konsequent auch das Reichsgericht. So sagt es im dritten Bande der Entscheidungen S. 10: „Die Strafbarkeit der Unterschlagung setzt nach allgemeinen Grundsätzen mit der rechtswidrigen Zueignung der Sache auch das Bewusstsein von deren Rechtswidrigkeit auf Seiten des Thäters, die Absicht der rechtswidrigen Zueignung, voraus.“

Noch schärfer wird derselbe Gedanke im 12. Bande betont. Es heisst dort auf S. 112: „Vermisst wird in der Revision des Angeklagten, wie der Staatsanwaltschaft, die Feststellung des Begriffsmerkmals der rechtswidrigen Absicht, und es muss anerkannt werden, dass wegen dieses Mangels die (an die Geschworenen) gestellte Frage die Begriffsmerkmale der in § 270 des St.-G.-B.'s vorgesehenen Strafthat nicht erschöpft.“ Das Reichsgericht nimmt also durchaus nicht mit LUCAS an, dass das „Rechtswidrig“ „keine besondere sachliche Bedeutung habe, dass es ein Superfluum sei“, vielmehr misst es ihm einen sehr wesentlichen Wert bei ¹²⁷⁾, es erkennt an, dass das Gesetz

¹²⁶⁾ In denselben Fehler, wie LUCAS, verfallen auch OLSHAUSEN a. a. O. Anm. 32^b zu § 59 und ORTLOFF Gerichtssaal XXXIV S. 427.

¹²⁷⁾ Vgl. Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. VIII S. 306, Bd. IV S. 126, Bd. XIII S. 37. Siehe auch übereinstimmend

das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit stets da zur Strafbarkeit erfordere, wo es dieses Moment ausdrücklich unter die gesetzlichen Merkmale aufgenommen hat.

Mit dieser Erkenntnis wird zugleich auch die oben aufgestellte Behauptung, dass unser Gesetzbuch von dem philosophisch richtigen und logisch korrekten Begriff des Vorsatzes nicht abgewichen sei, sondern darunter nur das bewusste Wollen der Wirkung des Thuns verstehe, vollkommen bestätigt. Denn würde das Gesetz darunter noch mehr, nämlich auch das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit, begreifen, so wäre es überflüssig, willkürlich und verwirrend, dies Merkmal bei einzelnen Delikten ausdrücklich neben dem Vorsatz hervorzuheben, bei anderen dagegen wegzulassen.

Zu dem obigen, aus dem Schweigen des Gesetzes über den Begriff des Vorsatzes hergeleiteten negativen Beweis gesellt sich hier also ein direkter, positiver hinzu.

C.

Der Mangel des Bewusstseins der Rechtswidrigkeit kein Schuld ausschliessungsgrund nach deutschem Reichsstrafrecht.

Der letzte und schwierigste Punkt unserer Untersuchung endlich betrifft die Frage, ob das Reichsstrafgesetzbuch das Fehlen des rechtswidrigen Bewusstseins zu den Schuld ausschliessungsgründen zähle. Es ist dies von den verschiedensten Seiten unter Berufung auf den § 59 behauptet worden. Um uns über den Inhalt desselben vollkommene Klarheit zu verschaffen, werden wir

hiermit OPPENHOFF Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich 10. Aufl. Anm. 11 zu § 59 und v. LISZT a. a. O. S. 172.

gut thun, historisch zu Werke zu gehen und zunächst seine Entstehungsgeschichte ins Auge zu fassen.

Der genannte Paragraph ist hervorgegangen aus dem § 44 des preussischen Strafgesetzbuchs, welcher sich in ähnlicher Fassung bereits in dem Entwurf von 1843 (§ 82) und genau in derselben in dem Entwurf von 1847 (§ 60) findet. Der § 44 lautet: „Wenn die Strafbarkeit einer Handlung abhängig ist entweder von besonderen Eigenschaften in der Person des Thäters oder desjenigen, auf welchen sich die That bezog, oder von den besonderen Umständen, unter welchen die Handlung begangen wurde, so ist eine solche Handlung demjenigen als Verbrechen oder Vergehen nicht zuzurechnen, welchem jene Verhältnisse oder Umstände zur Zeit der That unbekannt waren“. Streng genommen ist dieser Paragraph ganz überflüssig, er ist, wie BERNER ¹²⁸⁾ sagt, „nur ein unvollständiger Ausdruck für ein viel allgemeineres Prinzip“, nämlich für den Gedanken, dass Vorsatz nur dann vorhanden ist, wenn der Thäter mit der Vorstellung der Verursachung des Erfolges durch seine That gehandelt hat. Bei Unkenntnis der im § 44 genannten Umstände ist aber diese Vorstellung nicht vorhanden, und daher kann die Handlung nicht als eine vorsätzliche bezeichnet werden. Nur diesen ganz selbstverständlichen Gedanken drückt der § 44 aus. Wegen dieser seiner Selbstverständlichkeit hatte ihn auch der Entwurf von 1850 weggelassen. Ganz ausdrücklich sagen die Motive, dass man „durch strenge Folgerungen aus dem Begriff des Vorsatzes auf dasselbe Resultat kommen könne, wenn man die objektive und subjektive Seite des Verbrechens scharf sondere“, allein die Kommission der zweiten Kammer

¹²⁸⁾ BERNER Grundsätze des preussischen Strafrechts S. 74.

hielt es dennoch aus praktischen Rücksichten für richtiger, die in dem in Rede stehenden Paragraphen enthaltene Bestimmung nach dem Vorgange anderer Gesetzbücher ausdrücklich auszusprechen¹²⁹⁾.

Kein Zweifel kann darüber obwalten, dass sich der § 44 nur auf das dem Handelnden fehlende Bewusstsein von den thatsächlichen Umständen bezieht, von dem Einfluss der Rechtsunkenntnis auf die Strafbarkeit sagt er gar nichts aus. Wie uns BESELER a. a. O. und GOLT-DAMMER¹³⁰⁾ bezeugen, wurde in der Kommission der ersten Kammer die Frage besprochen, „ob es nötig sei, die Berücksichtigung einer aus dem Irrtum über das Strafgesetz hergeleiteten Entschuldigung ausdrücklich auszuschliessen. Man war jedoch einverstanden, dass es einer solchen Bestimmung nicht bedürfe, da die Unwirksamkeit des Rechtsirrtums schon gemeinen Rechtes sei, auch aus den neueren über die Publikation der Gesetze erlassenen Verordnungen hervorgehe, dass die Gesetzeskraft nicht von der Wissenschaft Einzelner, sondern von der Frist abhängen, welche nach der gehörigen Publikation verlaufen sei“¹³¹⁾.

Der § 44 des preussischen Strafgesetzbuchs ist nun das Vorbild für den § 59 des Reichsstrafgesetzbuchs geworden, nur dass dieser sich schärfer und korrekter ausdrückt. Sachliche Verschiedenheiten aber bestehen zwischen beiden nicht, auch betonen die Motive zum

¹²⁹⁾ Vgl. BESELER Kommentar zum preussischen Strafgesetzbuch S. 43 und S. 195.

¹³⁰⁾ GOLT-DAMMER Materialien I S. 434.

¹³¹⁾ Auch das Reichsgericht hat sich dahin ausgesprochen, dass der § 44 mit der Frage der Rechtsunkenntnis nichts zu thun hat, s. darüber Entsch. Bd. II S. 269.

Reichsstrafgesetzbuch ¹³²⁾ ganz ausdrücklich, dass der § 59 nur redaktionelle Aenderungen gegenüber dem § 44 des preussischen Strafgesetzbuchs enthalte. So beweist uns also schon die Entstehungsgeschichte des § 59, dass dieser auf die Unkenntnis des Strafgesetzes nicht bezogen werden darf.

Dies Resultat werden wir bestätigt finden, wenn wir jetzt den § 59 selber ins Auge fassen. Wie soeben bereits erwähnt, stimmt dieser Paragraph inhaltlich genau mit dem § 44 des preussischen Strafgesetzbuchs überein, er enthält also ebenso wie dieser die ganz selbstverständliche Bestimmung, dass zum vorsätzlichen Delikt lediglich das Bewusstsein von der Verursachung des rechtswidrigen Erfolges gehöre.

Dass unser Paragraph nicht anders als geschehen interpretiert werden ¹³³⁾, nicht also auch auf das fehlende Bewusstsein von der Rechtswidrigkeit der Handlung mit bezogen werden darf, ergibt schon der Wortlaut desselben. Dieser redet von „Thatumständen“. Darunter kann man aber dem Sprachgebrauche gemäss nichts anderes, als die Summe der sämtlichen thatsächlichen Merkmale verstehen, welche den Begriff der betreffenden strafbaren Handlung ausmachen. Der Ausdruck: „Thatumstände“ deckt sich genau mit dem der „Handlung“. Dieser aber bedeutet, wie in § 3 auseinandergesetzt ist, nichts anderes, als die durch einen menschlichen Willen hervorgerufene Veränderung in der Aussenwelt. Die-

¹³²⁾ Motive zum 1. Entwurf § 52 und zum 2. § 57.

¹³³⁾ Unrichtig wird der § 59 von OPPENHOFF Anm. 5 zu § 59 ausgelegt, welcher dessen engen Zusammenhang mit der Doluslehre ganz verkennt, ebenso auch RUBO Kommentar über das Strafgesetzbuch S. 495—500.

jenigen, welche dem gegenüber annehmen, dass auch das Vorhandensein einer Rechtsnorm ein Thatumstand sei, brauchen dieses Wort in einem anderen Sinne, als es der Sprachgebrauch gewöhnlich verwendet. Denn dieser unterscheidet zwischen Thatsache und Recht und demgemäss zwischen Unkenntnis einer Thatsache und Unkenntnis der Rechtswidrigkeit einer Handlung sehr scharf, und zwar trifft hier die Sprache, wie immer, das richtige. Denn der Begriff der „Rechtswidrigkeit“ kann als eine logische Abstraktion der Rechtswissenschaft niemals mit dem Begriff der „Thatsache“, worunter man immer nur eine Erscheinung der Sinnenwelt versteht, identifiziert werden. Nach alledem sind wir berechtigt, in Uebereinstimmung mit dem Wortlaut des § 59 anzunehmen, dass unser Gesetzbuch die Kenntnis der übertretenen Rechtsnorm nicht zu den Thatumständen rechne und an dieser Ueberzeugung so lange festzuhalten, als uns nicht der Beweis dafür erbracht ist, dass das Gesetz aus irgend welchen Gründen von dem gewöhnlichen Sprachgebrauch hat abweichen wollen. Dieser Beweis ist aber bisher in keiner Weise versucht, geschweige denn erbracht worden.

Dies Ergebnis, welches uns die Betrachtung der Entstehungsgeschichte des § 59, sowie die sprachliche Untersuchung des Wortes „Thatumstände“ ergeben hat, werden wir bestätigt finden, wenn wir jetzt dazu übergehen, festzustellen, was das Gesetz unter dem Ausdruck „gesetzlicher Thatbestand“ begreift.

Unter gesetzlichem Thatbestand versteht man den Inbegriff der sämtlichen Merkmale eines bestimmten Verbrechens. Die Doktrin unterscheidet von diesem sog. „besonderen“ den „allgemeinen“ Thatbestand und versteht darunter den Inbegriff der sämtlichen Merkmale,

welche den Begriff und das Dasein eines Verbrechens überhaupt bedingen. Hierzu gehört namentlich die Zurechnungsfähigkeit des Thäters, die Zurückführung des von ihm Verursachten auf seinen Willen, das Vorhandensein eines seine That verbietenden Strafgesetzes, das zum Eintritt der strafrechtlichen Verfolgung erforderliche Alter und dgl.

Die Unterscheidung zwischen dem allgemeinen und dem besonderen gesetzlichen Thatbestande ist gewiss durchführbar und als Mittel, sich die Dinge wissenschaftlich zurechtzulegen, sehr wohl verwendbar. Unser Gesetzbuch selbst aber hat sie nicht aufgenommen. Wenn dieses vom gesetzlichen Thatbestande redet, so meint es damit immer nur den besonderen. Dies geht aus seiner ganzen Anlage hervor. An keiner einzigen Stelle führt es die Merkmale auf, welche die notwendige Voraussetzung für das Vorhandensein eines Verbrechens überhaupt bilden, vielmehr macht es nur die Fälle namhaft, in welchen der Eintritt der Strafe ausgeschlossen sein soll. Abgesehen hiervon beschränkt es sich lediglich darauf, die Merkmale des einzelnen konkreten Verbrechens hervorzuheben. Hieraus aber folgt, dass es unzulässig ist, im Sinne unseres Gesetzbuchs von einem allgemeinen Thatbestande zu reden und den § 59 auf diesen auszu-dehnen.

Diejenigen, welche dieser Ansicht nicht beipflichten, müssten konsequenterweise dann wenigstens den § 59 auf den ganzen allgemeinen Thatbestand beziehen und bei der mangelnden Kenntniss von auch nur einer der genannten Voraussetzungen des Verbrechensbegriffs die Strafbarkeit verneinen. An dieser Konsequenz sind sämtliche Anhänger der gegnerischen Theorie, auch BINDING,

gescheitert. Er sagt (a. a. O. S. 607): „Der § 59 beschäftigt sich lediglich mit dem Irrtum über Thatumstände, die zum gesetzlichen Thatbestande gehören. Nun giebt es aber keinen Thatumstand, der für den Thatbestand der Verbrechen wichtiger wäre, als gerade das Verbotensein der Handlung. Der Unwissenheit des Verbotenseins gilt somit der § 59 gleichfalls.“ Angenommen BINDING hätte Recht und das Verbotensein der Handlung wäre ein Thatumstand im Sinne des Gesetzes, so müsste er folgerichtig auch die Kenntniss des Strafgesetzes, der Zurechnungsfähigkeit, der Strafmündigkeit u. s. w. verlangen. Denn alle diese Momente sind für das Vorhandensein eines Verbrechens genau ebenso wichtig, als gerade das Verbotensein der Handlung, auf welches BINDING unzulässigerweise allein allen Nachdruck legt. — Sofern man also nicht ganz willkürlich zu Werke gehen will, giebt es hier nur die beiden Möglichkeiten, entweder den § 59 auf den ganzen allgemeinen Thatbestand auszudehnen oder ihn ausschliesslich auf den besonderen zu beschränken. Dass letzteres aber der Standpunkt unseres Gesetzes ist, kann gar keinem Zweifel unterliegen, wenn man den § 59 in seiner Gesamtheit betrachtet. Würde nämlich das Gesetz das Verbotensein der Handlung resp. deren Strafbarkeit zum gesetzlichen Thatbestande rechnen, so müsste unbedingt nach dem zweiten Absatz dieses Paragraphen die verschuldete Unkenntniss von dem Verboten- resp. Strafbarsein, der Handlung dem Thäter als strafbare Fahrlässigkeit zugerechnet werden. Dass aber unser Gesetzbuch diese gänzlich verfehlte Unterscheidung von schuldhafter und schuldloser Unkenntniss des Rechts, welche sich in der älteren Doktrin und in früheren Gesetzen vielfach fand, nicht aufgenommen hat, kann nicht bezweifelt werden

und wird auch wohl nirgends bestritten. BINDING sagt selbst (a. a. O. S. 60 ff.): „Ganz unleugbar sind diejenigen, welche durch die Normen gebunden werden sollen, verpflichtet, sich Kenntnis von ihnen zu verschaffen. Diese Pflicht ist allen Normen, Geboten wie Verboten, gegenüber dieselbe: sie wird begründet durch ein selbständiges Gebot, von den ergangenen Gesetzen Kenntnis zu nehmen; ihre Uebertretung ist stets ein Omissiv-, nie ein Kommissiv-Delikt. Schon diese eine Thatsache würde hinreichend beweisen, dass die Uebertretung eines Verbots bei Unkenntnis desselben unmöglich dadurch Delikt werden kann, dass diese Unkenntnis eine verschuldete war. Wer das Gegenteil annimmt, überträgt die Schuld bei einem Unterlassungsdelikt auf eine Thätigkeit, um aus den Uebertretungen zweier Normen, eines Gebotes und eines Verbotes, von denen jene schuldhaft, diese schuldlos geschah, ein eigenes Begehungsverbrechen zu schaffen. Das Geschöpf kann nicht anders als monströs ausfallen.“ Hätte BINDING nach dieser ganz richtigen Ausführung den Versuch gemacht, den zweiten Absatz des § 59 mit dem ersten in Einklang zu bringen, so würde er sofort erkannt haben, dass in unserem Gesetzbuch jenes „monströse Geschöpf“ Billigung gefunden hätte, sofern der Absatz 1 des § 59 auch für die Unwissenheit des Thäters von dem Verbotensein der Handlung gelten würde.

Zum Schluss seien endlich noch die Ausführungen v. SCHWARZE's ¹³⁴⁾ zu unserem Paragraphen erwähnt, welche bei der Beteiligung dieses Autors an der Herausgabe des Gesetzbuchs mehr sind, als die Ansichten eines

¹³⁴⁾ v. SCHWARZE Kommentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich 5. Aufl. Anm. 13 zu § 59. Vgl. auch übereinstimmend damit BERNER Lehrbuch 15. Aufl. S. 116 unter No. a.

blossen Kommentators. Für unsere Frage ist seine Auslegung übrigens um so wichtiger, als er prinzipiell auf einem dem unsrigen entgegengesetzten Standpunkt steht. Er sagt: „Mit dem Satze, dass die Unkenntnis des Gesetzes den Thäter nicht schützt, stimmt das Reichsstrafgesetzbuch überein, wie von ihm auch die preussische Gesetzgebung und der Code pénal ausgegangen sind. Insbesondere ist bei den Beratungen des Gesetzbuchs weder in der Bundeskommission noch in der Reichstagskommission, wie hiermit bezeugt wird, zu den Thatumständen, deren Unkenntnis nach § 59 den Thäter schützen soll, das Verbotensein der Handlung gerechnet worden. Eine prinzipielle Aenderung des § 44 des preussischen Strafgesetzbuchs war von keiner Seite beantragt gewesen.“

Die angeführten Gründe dürften für den Nachweis, welcher an dieser Stelle erbracht werden sollte, nämlich dass es unzulässig ist, den § 59 auf den Mangel des Bewusstseins der Rechtswidrigkeit zu beziehen, ausreichend sein.

Sämtliche anderen Bestimmungen aber, welche der die Schuldausschliessungsgründe behandelnde 4. Abschnitt des allgemeinen Theiles unseres Reichsstrafgesetzbuchs enthält, haben mit unserer Frage nicht das geringste zu thun. Da dieser Abschnitt aber die betreffende Materie vollkommen erschöpfend behandelt, so ist damit der Beweis erbracht, dass das deutsche Reichsstrafgesetzbuch die fehlende Gesetzeskenntnis nicht unter die Schuldausschliessungsgründe aufgenommen hat.

Dieser Standpunkt ist auch vom Reichsgericht von Anfang an eingenommen und ganz konsequent beibehalten worden. Von den zahlreichen Entscheidungen sei nur die folgende angeführt: „Das deutsche Reichsstrafgesetzbuch

gewährt“, so heisst es im 2. Band S. 269, „gleich dem preussischen keinen Anhalt dafür, dass das Bewusstsein der Strafwürdigkeit oder Rechtswidrigkeit als eine allgemeine Voraussetzung für die Strafbarkeit aufgefasst sei. Der die Strafausschliessungsgründe behandelnde Abschnitt 4 des 1. Teils des R.-St.-G.-B.'s erschöpft diese Materie, ohne anzudeuten, dass die Unkenntnis des Thäters über das Verbotensein seiner Handlung die Ausschliessung der Strafbarkeit begründen könne“ ¹³⁵⁾.

Mit der bisherigen Betrachtung haben wir jedoch den § 59 noch nicht erschöpfend behandelt. Wir haben festgestellt, dass derselbe sich nicht auf das Verbrechen in seiner Eigenschaft als *Rechtsverletzung*, sondern in seiner Eigenschaft als *Handlung* bezieht. Lediglich dies können die Worte: „Unkenntnis des Vorhandenseins von Thatumständen, welche zum gesetzlichen Thatbestande gehören“ bedeuten.

Die Unkenntnis dieser Thatumstände kann nun aber in verschiedenen Ursachen ihren Grund haben. Entweder wird eine Thatsache selbst vom Thäter nicht gekannt, z. B. er glaubt irrtümlich, dass die Uhr, welche er in dem Zimmer des X liegen sieht, die seinige sei, und infolge dessen nimmt er dieselbe im guten Glauben an sich. Oder aber die Unkenntnis dieser Thatsache stammt daher, dass dem Thäter eine nicht dem Gebiete des Strafrechts angehörige Rechtsvorschrift unbekannt ist, z. B. er ist der Meinung, dass die Uhr, bezüglich welcher er mit dem X ein Rechtsgeschäft abgeschlossen hat, be-

¹³⁵⁾ Vgl. ferner Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. I S. 368, Bd. III S. 303, Bd. III S. 184, Bd. X S. 235, Bd. V S. 409, Bd. IV S. 126, Bd. IX S. 84, Bd. XII S. 103, Bd. XII S. 275, Bd. XIII S. 37, Bd. XV S. 433 u. 434, Bd. XVI S. 86 u. 87.

reits in sein Eigentum übergegangen sei, während dies in Wahrheit nach den Vorschriften des Civilrechts nicht der Fall gewesen ist. In dem zuletzt angeführten Fall wird, ebenso wie im ersten, ein zum gesetzlichen Thatbestand gehöriger Thatumstand vom Thäter nicht gekannt, diese Unkenntnis beruht aber hier auf der Unbekanntschaft mit einer dem Civilrecht angehörigen Norm. Dass ein solcher Rechtsirrtum dem thatsächlichen gleichzuachten sei und deshalb unter den § 59 des R.-St.-G.-B.'s falle, ist im wesentlichen unbestritten.

Anderer Ansicht ist hier vor allem v. BAR¹³⁶⁾, welcher auch einen derartigen Irrtum unberücksichtigt lassen will, da nicht einzusehen sei, warum ein Irrtum über einen Satz des Civilrechts, des Kirchenrechts u. s. w. im Strafrecht nicht als Rechtsirrtum gelten solle. Nun hat v. BAR allerdings darin ganz Recht, dass ein solcher Irrtum kein faktischer ist, sondern unter allen Umständen ein Rechtsirrtum bleibt. Mit dieser richtigen Behauptung wird aber für die hier vorliegende Frage noch gar nichts entschieden. Denn nach unserem Gesetzbuch kommt es nicht auf die Natur und die Beschaffenheit des Irrtums selber an, sondern auf die davon ganz verschiedene Frage, ob durch ihn die Unkenntnis der zum gesetzlichen Thatbestand gehörigen Thatumstände hervorgerufen wird. Worin diese Unkenntnis ihren Grund habe, ob in einem faktischen oder in einem rechtlichen Irrtum, ist dem Gesetze mit vollem Recht ganz gleichgiltig. Denn der Vorsatz als der auf Eintritt des verbrecherischen Erfolges gerichtete Wille ist seinem Begriffe nach unbedingt ausgeschlossen, sobald der Thäter auch nur ein Moment des Thatbestandes nicht verwirklichen wollte. Die Gründe,

¹³⁶⁾ v. BAR Im Gerichtssaal Bd. XXXVIII S. 270 ff.

auf denen dieses Nichtwollen beruht, sind dabei vollkommen belanglos ¹³⁷⁾. Wusste also in dem oben gegebenen Beispiel der Thäter nicht, dass die Sache einem anderen gehöre, so kann er nimmermehr wegen Diebstahls bestraft werden, weil er ja gar nicht eine fremde, sondern seine eigene Sache wegnehmen wollte ¹³⁸⁾.

Endlich kann es aber auch der Fall sein, dass der Thäter, obwohl er das Strafgesetz kennt, dennoch infolge falscher Auslegung desselben seine That nicht darunter subsumiert. Als Beispiel hierfür sei folgender, vom Reichsgericht bereits entschiedener Fall angeführt (cfr. Band XII S. 276). Der § 173 Absatz 2 des R.-St.-G.-B.'s bestraft den Beischlaf zwischen Verschwägerten auf und absteigender Linie. Die wegen Uebertretung dieses Paragraphen Angeklagten X und Z setzten nun unter dem Begriff der Schwägerschaft nur ein durch eheliche Geburt begründetes Verhältnis voraus und hielten sich, da die Angeklagte X die uneheliche Tochter der Y, späteren dann verstorbenen Ehefrau des Angeklagten Z war, zur Vollziehung des Beischlafs für berechtigt. In Wahrheit aber stimmt ihre Ansicht mit dem Willen des Gesetzes nicht überein. Dasselbe will vielmehr auch ein durch uneheliche Geburt begründetes Verhältnis treffen. Die Angeklagten befanden sich also in diesem

¹³⁷⁾ So auch v. WÄCHTER Deutsches Strafrecht § 57 Beilage I No. 4.

¹³⁸⁾ Sehr mit Unrecht führt v. BAR l. c. S. 274 als einen entschiedenen Vertreter seiner Theorie v. WÄCHTER an. WÄCHTER polemisiert nur gegen den unrichtigen Sprachgebrauch, einen auf Nichtkenntnis eines Rechtssatzes beruhenden Irrtum einen faktischen zu nennen; im übrigen aber steht er ganz und gar auf dem im Text vertretenen Standpunkt. Ebenso auch BERNER a. a. O. S. 116 unter No. a.

Fall über die zwischen ihnen bestehende Verwandtschaft völlig im Klaren, und auch das betreffende Strafgesetz selbst war ihnen bekannt. Sie irrten sich nur über die Auslegung desselben, und dieser Irrtum hatte zur Folge, dass sie sich über die Strafbarkeit ihrer Handlung täuschten, indem sie fälschlich das Gesetz auf ihre That nicht für anwendbar erachteten.

Unterliegt nun, so fragen wir, auch ein solcher sogenannter Subsumtionsirrtum dem § 59 a. a. O. oder beeinflusst er die Strafbarkeit der Handlung nicht? Das Reichsgericht hat sich in einer Anzahl der in der Anmerkung 135 angeführten Entscheidungen für die letztere Auffassung entschieden. Es nimmt an, dass ein sich auf die Grundsätze des bürgerlichen Rechts beziehender Irrtum dem thatsächlichen gleichstehe und daher die Strafbarkeit ausschliesse, dass dagegen ein Irrtum in Bezug auf das Strafgesetz selbst, ebensowenig wie die Unkenntnis desselben, irgend welchen Einfluss üben könne.

Andere dagegen wollen diese ganze Unterscheidung nicht anerkennen, sondern auch den Subsumtionsirrtum dem thatsächlichen gleichsetzen.

Zu den Vertretern dieser letzteren Ansicht gehört selbst SAVIGNY ¹³⁹⁾. Er sagt: „Derjenige Irrtum, der in der unrichtigen Subsumtion der Thatsachen unter die Rechtsregel enthalten ist, ist stets faktischer Irrtum, denn die Rechtsregel ist als das feste, unabhängig gegebene anzusehen. Unsere Aufgabe ist es, die einzelnen Elemente der Thatsachen dergestalt zu einem Ganzen zu bilden, dass die feste Rechtsregel auf dasselbe anwendbar erscheine. Wir mögen nun in der unmittelbaren Auffassung des Geschehenen selbst irren oder in dieser Aus-

¹³⁹⁾ SAVIGNY System Bd. III S. 327.

bildung desselben durch unser Denken, so ist es doch immer die Erkenntnis der Thatsachen, worüber wir irren“. SAVIGNY's Ansicht dürfte jedoch nicht beizupflichten sein. Die Frage nach der rechtlichen Behandlung des Subsumtionsirrtums muss von den beiden bisher besprochenen Fällen streng getrennt werden. Bei diesen bezog sich der Irrtum auf den Erfolg des Thuns, bei jener aber betrifft er das die Handlung verbietende Strafgesetz selbst. Denn wenn dem Thäter die einzelnen den Thatbestand des betreffenden Delikts bildenden Thatumstände sämtlich bekannt sind und er dennoch der irrigen Meinung ist, dass das Gesetz auf seine Handlung nicht anwendbar sei, so bleibt nur übrig, dass er sich über dieses selbst im Unklaren befindet. „Es handelt sich hier“, wie v. BAR¹⁴⁰⁾ sehr richtig bemerkt, „um nichts anderes, als um ein gleichsam geistiges Uebereinanderschieben zweier Dinge; wenn man die richtige Gestalt und Grösse des einen (der Thatsachen) hat und dann doch der irrigen Meinung ist, dass diese Figur nicht von der zweiten Figur (der Rechtsregel) gedeckt werde, so hat man eben von dieser zweiten keine richtige Idee“.

Unter den Kriminalisten stimmt mit SAVIGNY's Ausführungen im wesentlichen v. LISZT¹⁴¹⁾ überein. Auch er ist der Meinung, „dass es keinen Unterschied mache, ob der Irrtum auf einer unrichtigen Beurteilung der Thatsachen oder auf einer irrigen Auffassung der in Frage kommenden Rechtssätze oder endlich auf einer irrtüm-

¹⁴⁰⁾ v. BAR a. a. O. S. 264.

¹⁴¹⁾ v. LISZT Lehrbuch 3. Aufl. S. 172 No. III. Ebenso BINDING a. a. O. S. 607. Anderer Meinung dagegen HÄLSCHNER Das gemeine deutsche Strafrecht Bd. I S. 259 und besonders LUCAS Die subjektive Verschuldung § 16; vgl. auch die Litteratur bei OLSHAUSEN Anm. 2 zu § 59.

lichen Anwendung dieser auf jene, einer irrigen Subsumtion der Thatsachen unter das Gesetz beruhe. Die Unterscheidung von That- und Rechtsirrtum habe im St.-G.-B. aus guten Gründen keine Anerkennung gefunden. Damit entfalle auch die Unterscheidung des Strafrechtsirrtums von den übrigen Fällen des Rechtsirrtums“. Dass unser Gesetzbuch zwischen That- und Rechtsirrtum nicht unterscheidet, ist allerdings v. LISZT zuzugeben, aber damit ist, wie schon oben bemerkt worden, noch nichts bewiesen. v. LISZT hätte vielmehr den Nachweis erbringen müssen, dass derjenige, welcher unrichtigerweise das Strafgesetz auf die von ihm vollkommen richtig erkannten Thatsachen nicht für anwendbar erachtet, sich im Irrtum über den Erfolg seines Thuns und nicht über das Strafgesetz befindet, denn nur in diesem Fall würde nach v. LISZT's eigener, durchaus zutreffender Definition der Vorsatz ausgeschlossen sein. Im übrigen ist nicht recht verständlich, wie gerade dieser Gelehrte, welcher die Meinung, dass Unkenntnis des Strafgesetzes von Strafe befreie, mit aller Entschiedenheit zurückweist, beim Vorliegen eines Strafrechtsirrtums zum direkt entgegengesetzten Resultate kommen kann. Welcher sachliche Unterschied zwischen beiden Fällen existieren soll, ist nicht recht ersichtlich. Ob sich der Thäter zur Vornahme einer Handlung deshalb für berechtigt erachtet, weil er das dieselbe verbietende Strafgesetz überhaupt nicht kennt oder aber, weil er den Sinn und die Bedeutung desselben missversteht, ist doch wohl vollkommen gleichgiltig. Beidemale fehlt ihm ganz gleichmässig das Bewusstsein von der Rechtswidrigkeit seines Thuns. Wer dieses Moment aber in dem einen Falle für unerheblich erachtet, muss dies folgerecht auch in dem anderen

thun ¹⁴²⁾). Zu welchen Konsequenzen die LISZT'sche Ansicht führt, mag folgendes Beispiel zeigen: Stiehlt jemand Gegenstände aus einem zum Gottesdienst bestimmten Gebäude, ohne den diese Handlung besonders streng bestrafenden § 243 No. 1 des R.-St.-G.-B.'s zu kennen, so kommt mit vollem Recht nach LISZT's Theorie nichtsdestoweniger die für den schweren Diebstahl festgesetzte Strafe gegen den Thäter zur Anwendung, da Unkenntnis des Gesetzes nicht die Strafbarkeit ausschliesst. Hatte er dagegen diesen Paragraphen gekannt, irrtümlicherweise aber angenommen, dass das Gesetz nur an ein zum öffentlichen Gottesdienst bestimmtes Gebäude, nicht auch an eine Privatkapelle gedacht habe, so muss dieser Einwand berücksichtigt werden, da ja der Strafrechtsirrtum die Zurechenbarkeit des Erfolges zum Vorsatz des Thäters ein für allemal ausschliessen soll. Ueberhaupt würde, wie DRENKMANN ¹⁴³⁾ hervorhebt, „in allen Fällen, wo ein strengeres und milderes Strafgesetz zur Anwendung sich eignet, es in der Wahl des Angeklagten liegen, das ihm passende sich auszusuchen, wenn er den Schein zu bewahren vermag, dass er sich auf die Lösung juristischer Fragen schlecht verstehe und in jeder Sache, in welcher der höchste Gerichtshof zum schliesslichen Urteil über ein verschiedener Auslegung fähiges Strafgesetz berufen wird, würde er die Frage zu ventilieren haben, ob die gefundene Bedeutung des Gesetzes auch den Angeklagten begreiflich war“.

Dieser letzte Satz in den Ausführungen DRENKMANN's führt uns auf einen naheliegenden Einwand.

¹⁴²⁾ Vgl. auch OLSHAUSEN Kommentar zum Reichsstrafgesetzbuch 2. Aufl. Bd. I Anm. 32^a zu § 59.

¹⁴³⁾ DRENKMANN in Goldtammer's Archiv Bd. VIII S. 172.

Jedermann weiss, dass die richtige Subsumtion der Thatsachen unter das Gesetz häufig selbst für den Juristen, geschweige denn erst für den Laien, etwas ausserordentlich schwieriges ist. Denn jedes Gesetzbuch, auch das beste, wird immer an Ungenauigkeiten und Lücken leiden, da es für den Gesetzgeber unmöglich ist, eine auf jeden denkbaren Fall direkt anwendbare Rechtsnorm aufzustellen. „Ist es nun da nicht“, so ruft SAVIGNY ¹⁴⁴⁾ aus, „die grösste Willkür und Ungerechtigkeit, wenn wir demjenigen, dessen Subsumtion wir verwerfen, nicht nur Unrecht geben, sondern auch grobe Nachlässigkeit vorwerfen wollten!“

Diesem Einwande gegenüber ist das bereits oben Gesagte zu wiederholen. Die Rücksicht auf das Wohl der Gesamtheit und das Interesse des Staats duldet es nicht, dass die Geltung der Gesetze von dem Belieben der Einzelnen, ob und inwieweit sie sich damit vertraut machen wollen, abhängig gemacht werde. Aus diesem Grunde darf, sofern nicht die Rechtsordnung den gefährlichsten Erschütterungen ausgesetzt werden soll, die Berufung auf Rechtsirrtum, ebensowenig wie die auf Rechtsunkenntnis, irgend welchen Einfluss auf die Strafbarkeit üben. „Mag ein Strafgesetz die verschiedensten Deutungen zulassen, ist die richtige gefunden, dann existiert nur das eine Strafgesetz, das diesen Sinn einschliesst und dies muss jeder kennen, jedes Strafgesetz mit einem anderen Inhalt hat keine rechtliche Existenz, da es nur durch Irrtum geschaffen war“ ¹⁴⁵⁾.

Die in der strengen Durchführung dieses Grundsatzes liegende Härte ist unverkennbar, aber auch unvermeid-

¹⁴⁴⁾ SAVIGNY a. a. O. S. 338.

¹⁴⁵⁾ DRENKMANN a. a. O. S. 172.

lich. Gemildert, — nicht wie v. BAR meint, ganz aufgehoben — werden kann sie nur dadurch, dass der Gesetzgeber von seinem Recht zu strafen, einen möglichst sparsamen und äusserst vorsichtigen Gebrauch macht, dass er nur da Strafen androht, wo das Wohl der Gesamtheit sie dringend erheischt. — Damit allein ist jedoch noch nicht genug geschehen. Mit vollem Recht hebt v. BAR ¹⁴⁶⁾ hervor, dass eine ebenso wichtige Forderung, wie an den Gesetzgeber, auch an den Richter gestellt werden muss. Dieser darf bei Auslegung des Strafgesetzes dasselbe in keinem Falle auf eine Handlung ausdehnen, welche nicht unzweifelhaft darunter fällt.

Daraus ergibt sich die Forderung, dass die Abweichung von dem durch grammatische Interpretation gefundenen Sinn zu U n g u n s t e n des Angeklagten nur in den seltensten Fällen vorkommen darf, nämlich nur dann, wenn es gar keinem Zweifel unterliegen kann, dass der Gesetzgeber mehr sagen wollte, als er wirklich gesagt hat. „Nichts“, so ruft schon BECCARIA ¹⁴⁷⁾ aus, „ist so gefährlich, als der allgemeine Grundsatz, man müsse den Geist der Gesetze zu Rate ziehen. Eine Unordnung, welche aus der strengen Beobachtung des buchstäblichen Inhalts eines peinlichen Gesetzes entsteht, kann mit den durch die Auslegung verursachten Unordnungen in keine Vergleichung kommen. Eine solche nur gleichsam augenblickliche Anstössigkeit giebt Anlass, in den Worten des Gesetzes eine leichte und notwendige Verbesserung anzubringen, hingegen verhindert sie jene

¹⁴⁶⁾ v. BAR a. a. O. S. 268.

¹⁴⁷⁾ BECCARIA Von den Verbrechen und Strafen § 4. Vgl. v. BAR a. a. O. S. 268; v. WÄCHTER Deutsches Strafrecht § 31^a und besonders BERNER Lehrbuch § 158.

schädlichen Vernünftleien, woraus die eigenmächtigen und feilen Streithandel entstehen.“ Wenn diese edlen, tief durchdachten Worte streng und gewissenhaft beobachtet werden, dann wird die Nichtberücksichtigung des Subsumtionsirrtums nur selten zu Härten führen. In der Hand eines Richters dagegen, der leichtfertig zu Werke geht oder gar der Meinung ist, dass es ihm zustehe, seine persönlichen Ansichten über die Zwecke, welche der Gesetzgeber mit dem betreffenden Gesetze erreichen wollte, der Auslegung desselben zugrunde zu legen, kann diese Nichtberücksichtigung leicht zur Willkür und Ungerechtigkeit führen.

Endlich ist noch die gleichfalls vielfach umstrittene Frage zu erörtern, ob der § 59 auch dann Anwendung zu finden habe, wenn der Thäter irrtümlicherweise annimmt, dass seine Handlung unter einen der vom Gesetze aufgeführten Schuld ausschliessungsgründe falle.

Zunächst kann es keinem Bedenken unterliegen, dass von Strafe nicht die Rede sein kann, sobald ein wirklicher Schuld ausschliessungsgrund vorliegt, gleichviel ob der Thäter sich des Vorhandenseins desselben bewusst gewesen ist oder nicht.

Anderer Ansicht ist hier nur HÄLSCHNER. Er sagt: „Wenn die Handlung nach ihrer äusseren Beschaffenheit dem gesetzlichen Thatbestande eines strafbaren Delikts entspricht und vom Thäter in dieser ihrer strafrechtlichen Bedeutung beabsichtigt war, so ist sie auch dementsprechend zu bestrafen, und ein gesetzlicher Strafmilderungs- oder Ausschliessungsgrund kommt ihm nicht zu gute, wenn ihm die Thatumstände, von deren Dasein er abhängig ist, unbekannt waren“ ¹⁴⁸⁾. Diese Ansicht ist

¹⁴⁸⁾ HÄLSCHNER a. a. O. § 122.

jedoch unbedingt nicht richtig. Eine Handlung, welche unter einen Schuldausschliessungsgrund fällt, ist keine rechtswidrige mehr, und der Thäter, welcher sie begeht, macht sich unter keinen Umständen strafbar. Ist ihm das Vorhandensein des Schuldausschliessungsgrundes nicht bekannt und hält er demgemäss seine That für eine strafrechtlich verbotene, so liegt ein sogenanntes „Wahnverbrechen“ vor. Die notwendige Konsequenz der HÄLSCHNER'schen Ansicht wäre, dass jeder, welcher irrigerweise glaubt, sich mit dem Gesetz in Widerspruch zu setzen, nun auch wirklich strafrechtlich verantwortlich zu machen sei. Damit ergibt sich schon von selbst ihre Unrichtigkeit¹⁴⁹).

Schwieriger liegt dagegen der Fall dann, wenn umgekehrt der Thäter irrtümlich annimmt, dass seine Handlung, deren Ungesetzlichkeit ihm an und für sich sehr wohl bekannt ist, im vorliegenden Fall ausnahmsweise nicht rechtswidrig sei. Er glaubt z. B. unrichtigerweise, sich im Zustande der Notwehr zu befinden. Folgerichtig müssten alle diejenigen, welche behaupten, dass der § 59 auch für die Unwissenheit des Verbotenseins der Handlung gelte, hier den Eintritt der Strafe ausschliessen. Denn das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit fehlt in diesem Falle dem Thäter ganz ebenso, als ob ihm von vornherein das betreffende Strafgesetz unbekannt gewesen wäre. Dass BINDING diese Folgerung, zu welcher er nach seiner Theorie unbedingt hätte kommen müssen, nicht zieht, vielmehr behauptet (a. a. O. S. 69), dass nur „Normunkenntnis entschuldige, nicht aber Unkenntnis der Grenze zwischen Norm und Ausnahme“ ist völlig inkonsequent.

¹⁴⁹) Siehe gegen HÄLSCHNER auch OLSHAUSEN a. a. O. Anm. 24^b zu § 59, v. LISZT a. a. O. S. 134 und LUCAS § 17 a. a. O.

Für uns, die wir das Verbotensein nicht zu den Thatumständen des gesetzlichen Thatbestandes rechnen, liegt dagegen kein Anlass vor, den § 59 auf die irrtümliche Annahme einer die betreffende Handlung ausnahmsweise gestattenden Norm auszudehnen. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit ist, wie früher ausgeführt, begründet, sobald der Thäter mit der Vorstellung der Verursachung des Erfolges durch seine That gehandelt hat, die Richtung seines Willens auf den rechtlichen Charakter der Handlung dagegen ist gänzlich einflusslos. Demgemäss genügt es, dass er die einzelnen, das Verbrechen bedingenden tatsächlichen Momente gekannt hat. Ob er aber seine That aus Rechtsirrtum für eine ausnahmsweise nicht rechtswidrige gehalten hat, ist ebenso gleichgiltig, als ob es ihm überhaupt unbekannt gewesen wäre, dass sie verboten sei.

Ganz anders dagegen liegt die Sache dann, wenn der Thäter einen Schuld ausschliessungsgrund infolge eines faktischen Irrtums für vorliegend erachtet, während der bisher besprochene Fall voraussetzte, dass er sich über den rechtlichen Charakter seines Thuns im Unklaren befand. Beide Fälle müssen streng auseinandergehalten werden. Bei dem jetzt zu erörternden kann im Gegensatz zu dem vorigen vom vorsätzlichen Wollen keine Rede sein, denn dem Handelnden fehlt hier die richtige Vorstellung von dem Erfolg seines Thuns. Nehmen wir beispielsweise an: Jemand glaubt sich im Zustande der Notwehr zu befinden, weil er der irrigen Ansicht ist, angegriffen zu werden, er ergreift deshalb eine ihm zur Hand liegende Pistole und schießt den vermeintlichen Angreifer nieder. Die That, welche der Thäter in diesem Falle begeht, ist eine ganz andere, als es diejenige war,

welche er sich vorgestellt hatte. Sein Wille war darauf gerichtet, sich zu verteidigen, nicht aber einen harmlosen Spaziergänger niederzuschliessen. Mit anderen Worten: Es fehlt hier die Uebereinstimmung zwischen Willen und That, das, was im Bewusstsein des Thäters vorging, bevor er handelte, entspricht der nachher eingetretenen realen Wirkung nicht, mithin ist die Zurechnung zum Vorsatz ausgeschlossen. Dagegen kann der Thäter gemäss § 59 Absatz 2 immerhin noch wegen Fahrlässigkeit zur Verantwortung gezogen werden; seine Handlung wird sich, wenn auch nicht als Mord, so doch als eine fahrlässige Tötung darstellen, sofern die Unkenntnis selbst durch Fahrlässigkeit hervorgerufen wurde.

Die beiden besprochenen Fälle werden in der Theorie vielfach unrichtigerweise mit einander identifiziert. So behauptet MEYER¹⁵⁰⁾, dass derjenige, welcher das Vorhandensein eines im Recht anerkannten Schuldausschlussgrundes annähme, unter keinen Umständen der vorsätzlichen Verübung einer strafbaren Handlung schuldig sei, ohne dass er zwischen thatsächlichem und rechtlichem Irrtum unterscheiden will. Diese Ansicht MEYER's steht im Widerspruch mit seinen eigenen Ausführungen, welche von dem richtigen Gedanken ausgehen, dass die Schuld nur auf die objektive Seite des Delikts bezogen werden darf (S. 193 und 194). Bei dem Vorhandensein eines rechtlichen Irrtums über das Vorliegen eines Schuldausschlussgrundes waltet nun aber eine unrichtige Vorstellung über die objektive Seite des Delikts durchaus nicht ob. Der Thäter ist sich hier, wie soeben ausgeführt, über die verursachende Bedeutung seines Thuns völlig im Klaren, und nur die juristische Seite desselben ist es,

¹⁵⁰⁾ MEYER Lehrbuch des Strafrechts 4. Aufl. S. 197.

worüber er sich im Irrtum befindet. Ein solcher Irrtum aber darf nach MEYER's eigener Behauptung nicht berücksichtigt werden.

In den gerade umgekehrten Fehler verfällt v. LISZT¹⁵¹). Dieser will dem Irrtum über einen Schuldausschliessungsgrund schlechtweg jeden Einfluss auf die Schuldfrage absprechen. Er übersieht dabei jedoch ebenfalls die zwischen den besprochenen Fällen bestehende Verschiedenheit, was um so auffälliger ist, als die Schuldlehre sonst durchaus korrekt von ihm behandelt ist. Er definiert den Vorsatz als „das Vorhersehen des Erfolges der Handlung“ (S. 165) und folgert daraus ganz richtig, dass bei „Nichtübereinstimmung der Vorstellung und der Wirklichkeit“ die Zurechenbarkeit des Erfolges zum Vorsatz des Thäters ausgeschlossen sei (S. 170). Eine solche Nichtübereinstimmung liegt nun aber dann vor, wenn der Thäter irrigerweise die thatsächlichen Voraussetzungen eines Schuldausschliessungsgrundes als vorhanden annahm. Die That kann also auf Grund der eigenen Definition v. LISZT's dem Handelnden nicht als eine vorsätzliche zugerechnet werden. Es kommt hinzu, dass die LISZT'sche Ansicht in ihren Konsequenzen zu grossen Härten führen muss. Sicherlich widerstrebt es unserem Rechtsgefühl, einen Menschen, welcher der Ansicht ist, dass ein rechtswidriger Angriff auf sein Leben gemacht werde, und welcher sich deshalb zur Wehre setzt und den vermeintlichen Angreifer niederschiesst, als einen Mörder zu bestrafen. Zu dieser Konsequenz aber würde uns die LISZT'sche Theorie unweigerlich führen.

Das Reichsgericht hat sich denn auch mit vollem Recht auf den hier vertretenen Standpunkt gestellt. In

¹⁵¹) v. LISZT a. a. O. S. 136 unter No. b.

einer in Bd. 4 Seite 100 abgedruckten Entscheidung heisst es: Wer bei der Notwehr die objektive Seite unrichtig beurteile und irrtümlich die thatsächlichen Voraussetzungen derselben für gegeben erachte, sei straflos. Eine Berufung auf Notwehr müsse aber dann zurückgewiesen werden, wenn der Thäter den Rechtsbegriff derselben verkannt und nicht im Irrtum über ihre thatsächlichen, sondern über ihre rechtlichen Voraussetzungen gehandelt z. B. auch Verteidigung gegen einen rechtmässigen Angriff für zulässig erachtet habe.

Wir fassen das Resultat unserer Ausführungen noch einmal kurz dahin zusammen:

a) Ein rechtlicher Irrtum über das Vorliegen eines Schuldausschliessungsgrundes ist für die Zurechenbarkeit einer Handlung zum Vorsatz des Thäters bedeutungslos.

b) Ein faktischer Irrtum dagegen hebt den Dolus auf, jedoch kann die leichtfertige Annahme eines solchen immerhin noch zur Bestrafung wegen Fahrlässigkeit führen ¹⁵²⁾.

¹⁵²⁾ Mit LISZT's Ansicht übereinstimmend HEITZ „Das Wesen des Vorsatzes“ S. 38, mit MEYER übereinstimmend, aber von seinem Standpunkt aus ganz folgerichtig OLSHAUSEN a. a. O. Anm. 25^d zu § 59: „Irrtümliche Annahme strafausschliessender Gründe verhindert bei vorsätzlichen Delikten die Bestrafung, denn es fehlt alsdann an derjenigen Beschaffenheit des Willens, welche das Gesetz vorschreibt, um den Thäter für den eingetretenen Erfolg als einen gewollten verantwortlich zu machen.“ So auch HÄLSCHNER a. a. O. § 122. Auf dem Standpunkt des Reichsgerichts steht LUCAS a. a. O. § 17. Ganz verfehlt endlich ist die Bemerkung OPPENHOFF's Anm. 20 zu § 247 (10. Aufl. S. 577): „Da der Paragraph die gegen einen Deszendenten verübten Diebstähle für straflos erklärt, so muss der irrige Glaube des Schuldigen: er verletze durch seine Handlung nur das Recht seines Deszendenten, die gleiche Wirkung ausüben.“ Diese Interpretation ist um so fehlerhafter, als der genannte Paragraph gar nicht einen eigentlichen Schuldausschliessungsgrund, son-

Wir haben hiermit nun auch die dritte der oben aufgestellten Fragen erörtert und beantwortet. Es haben sich uns demgemäss als Resultat unserer Betrachtung folgende Sätze ergeben:

Das deutsche Reichsstrafgesetzbuch versteht unter Vorsatz das bewusste Wollen der durch das Strafgesetz verbotenen Wirkung des Thuns. Neben dem Vorsatz fordert das Gesetz bei einigen Delikten zur Strafbarkeit ausserdem noch das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit, und zwar ist dies überall da der Fall, wo es das Wort: „Rechtswidrig“ ausdrücklich in den gesetzlichen Thatbestand aufgenommen hat. Als Schuld ausschliessungsgrund endlich ist das mangelnde Bewusstsein der Rechtswidrigkeit nirgends bezeichnet.

In einzelnen Nebengesetzen strafrechtlicher Natur sind besondere, zum Teil von dem Reichsstrafgesetzbuch abweichende Bestimmungen enthalten. Diese im einzelnen aufzuführen, ist nicht erforderlich.

Wegen der Wichtigkeit des Gesetzes sei besonders nur der § 18 des Nachdruckgesetzes vom 11. Juni 1870 hervorgehoben. Derselbe bestimmt im Absatz 2: „Die Bestrafung des Nachdrucks bleibt ausgeschlossen, wenn der Veranstalter desselben auf Grund entschuldbaren, thatsächlichen oder rechtlichen Irrtums in gutem Glauben gehandelt hat.“ Diese ganz exzeptionelle Bestimmung verdankt, wie DAMBACH mitteilt, ihre Entstehung einem Amendement im Reichstag. Man ging von der Erwä-

dern eine lediglich objektiv zu beurteilende, für das Verbrechen an und für sich ganz unerhebliche Bedingung für den Eintritt der Strafdrohung enthält, deren Zweck, wie HÄLSCHNER a. a. O. sagt, lediglich der ist: das Pietätsverhältnis der Deszendenten den Aszendenten gegenüber nicht durch ein Strafverfahren zu stören. So auch BINDING a. a. O. S. 475 und v. LISZT a. a. O. S. 183.

gung aus, dass das ganze Gebiet des Nachdrucks von einer so zweifelhaften Grenze umgeben sei, dass sich eine Menge Fälle denken liessen, wo jemand im besten Glauben keinen Nachdruck zu begehen gehandelt habe, aber dennoch nach der Ansicht des Gerichts des Nachdrucks schuldig erkannt werde¹⁵³). Auch die drei Urheberrechtsgesetze vom 9., 10., 11. Januar 1876 haben diese Vorschrift aufgenommen.

Dagegen ist es nicht richtig, auch das Vereinszollgesetz vom 1. Juli 1869, wie BINDING a. a. O. S. 492 thut, unter diejenigen Gesetze zu zählen, welche das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit zur Strafbarkeit verlangen. Gerade im Gegenteil enthält dies Gesetz, um jedes Missverständniss auszuschliessen, ausdrücklich im § 163 die an und für sich überflüssige Bestimmung: „Unbekanntschaft mit den Vorschriften dieses Gesetzes und infolge derselben gehörig bekannt gemachten Verwaltungsvorschriften soll niemand, auch nicht den Ausländern, zur Entschuldigung gereichen.“

Zum Schluss dürfte es endlich noch angemessen erscheinen, legislative Vorschläge zu machen. Wir unterlassen dies jedoch, weil zu dem Zweck eine gründliche Besprechung der auswärtigen Gesetzgebung erforderlich sein würde. Hierzu aber liegt bei dem von uns gewählten Thema ein Anlass nicht vor. Das hier Versäumte soll in einer späteren Arbeit nachgeholt werden.

¹⁵³) Vgl. DAMBACH in Holtzendorff's Handbuch III S. 1040 und stenographische Berichte des Norddeutschen Reichtags betreffend das Gesetz vom 11. Juni 1870.

Nachwort.

Die Verlegung des Kgl. Preussischen kriminalistischen Seminars von Marburg nach Halle a. S. macht es notwendig, mit der vorstehenden Abhandlung diese Sammlung zu schliessen. Die Abhandlungen des „kriminalistischen Seminars zu Halle a. S.“ werden vom Herbst dieses Jahres ab unter meiner Leitung bei J. Guttentag (D. Collin) in Berlin und Leipzig erscheinen.

Marburg im September 1889.

Professor Dr. **Franz v. Liszt.**

Heinemann, Hugo

Die Binding'sche Schuldlehre ein Beitrag zu ihrer Widerlegung

Freiburg i. B. 1889

Crim. 1 ci-1

urn:nbn:de:bvb:12-bsb11583758-7